DER UNTERHALTSANSPRUCH DER EHEFRAU AUF GELD.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde
bei der Juristischen Fakultät der Philipps-Universität
in Marburg (Lahn)

vorgelegt von

Werner Hülle,
Gerichtsreferendar in Dortmund.

Universitätsverlag von Robert Noske in Borna-Leipzig
1926

Berichterstatter: o. ö. Univ.-Professor Dr. Fr. Leonhard, Geheimer Justizrat.

Von der juristischen Fakultät der Universität Marburg angenommen am 10. Mai 1926.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Inhaltsverzeichnis.

§ 1. Einleitung 1

I.

§ 2. Die juristische Struktur des Unterhaltsanspruchs 2

II.

§ 3. Die allgemeinen Voraussetzungen für die Entstehung des Anspruchs 5

III

§ 4. Der Umfang des Anspruchs 9
§ 5. Der Inhalt des Anspruchs 13

IV.

§ 6. Die Abgrenzung des Geltungsbereiches der §§ 1360 Abs. 3 u. 1361. 16
§ 7. Geldansprüche bei bestehender ehelicher Lebensgemeinschaft . . 21
§ 8. Geldansprüche bei berechtigtem Getrenntleben 32
§ 9. Geldansprüche bei unberechtigtem Getrenntleben 40

V.

§ 10. Die prozessuale Geltendmachung des Anspruchs 45

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41554602_0055

Literaturverzeichnis.

Arnold, Die Unterhaltspflicht der Ehegatten während des Bestehens der Ehe. Diss. Leipzig 1919.

Becker, Der Unterhaltsanspruch der Frau während der Ehe. Diss. Leipzig 1909.

Begemann, Zu §§ 1360, 1361 BGB. Im Recht 1904 S. 72.

Bock, Die gegenseitige Unterhaltspflicht der Ehegatten. Diss. Heidelberg 1909.

Burmeister, Die Unterhaltspflicht der Ehegatten nach dem BGB. Diss. Heidelberg 1907.

Cosack, Lehrbuch des bürgerlichen Rechtes. 1913.

Crome, System des BGB. 1908.

David, Kann während bestehender Ehe der gemäß § 1360 zu gewährende Unterhalt nur unter den Voraussetzungen des § 1361 BGB. in Geld verlangt werden? Im Recht 1900 S. 187.

Davidson, Der Unterhaltsanspruch der verlassenen Ehefrau. In DJZ. 1901 S. 91.

Dernburg, Deutsches Familienrecht. 1907.

Eccius, Der Unterhaltsanspruch der fortgewiesenen oder verlassenen Ehefrau. In DJZ. 1901 S. 110.

Eichhorn, Die Rechtsbehelfe in Ehesachen. In Blätter für Rechtsanwendung Bd. 71 S. 301.

Eichhorn, Der Mißbrauch im Familienrecht des BGB. Im Recht 1905 S. 331.

Endemann, Lehrbuch des BGB. 1908.

Enneccerus-Lehmann, Das bürgerliche Recht. Bd. 2. 1901.

Erler, Ehescheidungsrecht und Ehescheidungsprozeß. 1900.

Gaus, Die Klage auf Herstellung des ehelichen Lebens. Diss. Tübingen 1910.

Glück, Pandekten.

Goldmann-Lilienthal, Das BGB. Bd. 3. 1921. (zitiert: Goldmann-Li.)

Görke, Die gegenseitige Unterhaltspflicht der Ehegatten bei bestehender Ehe. Diss. Breslau 1914.

Haidlen, Das Familien- und Vormundschaftsrecht. 1907.

Hoch, Unterhaltspflicht und -anspruch der Ehegatten. Diss. Rostock 1904.

Hörle, Über die persönlichen und vermögensrechtlichen Verhältnisse der Ehegatten nach §§ 1353—1361 BGB. Im Archiv für bürgerl. Recht Bd. 31 S. 113.

Hussareck, Die familienrechtliche Alimentation nach österreichischem Recht. In Grünhuts Zeitschr. Bd. 20 S. 481—561, 649—711.

Jacobi, Das persönliche Eherecht des BGB. 1896.

Jörges, Die eheliche Lebensgemeinschaft. 1912.

Kohler, Lehrbuch des BGB. Bd. 3. 1915.
Krüger, Über Opet, „Das Verwandtschaftsrecht des BGB.“. In Grünhuts Zeitschr. Bd. 28 S. 767.
Kunze, Der Unterhaltsanspruch der ohne Grund verstoßenen Ehefrau. Diss. Rostock 1902.
Landsberg, Das Recht des BGB. Bd. 2. 1904.
Leonhard, Die Beweislast. 1904.
Liebe, Das BGB. Bd. 2.
Lindemann-Soergel, BGB. 1923.
Lotz, Der Unterhaltsanspruch der Ehegatten. Diss. Gießen 1905.
Ludewig, Die Unterhaltspflicht unter getrennt lebenden Ehegatten. Diss. Rostock.
Meißner, Das BGB. Bd. 4. 1905.
Meusezahl, Der Schutz der Ehefrau nach den Bestimmungen der §§ 1353 bis 1362 BGB. Diss. Gießen 1915.
Meyer, Zu §§ 1360, 1361 BGB., § 627 ZPO. In JW. 1905 S. 194.
Meyerhoff, Die Kostenvorschußpflicht des Ehemannes gegenüber der Ehefrau im Ehescheidungsprozeß. In JW. 1900 S. 692.
Mitteis, Familienrecht. 1923. In Enzyklopädie der Rechts- und Staatswissenschaft Bd. 10.
Motive zum Entwurf eines BGB. 1896.
Mugdan-Falkmann, Entscheidungen der Oberlandesgerichte. (zitiert: OLGE.)
Neumann, Handausgabe des BGB. 1905.
Neustadt, Kritische Studien zum Familienrecht. Bd. 1. 1907.
Opet, Das Verwandtschaftsrecht des BGB. 1899. (zitiert nach Seiten.)
Opet-v. Blume, Das Familienrecht des BGB. 1906. (zitiert nach Paragraphen.)
Pfennig, Zu §§ 1360, 1361 BGB. Im Recht 1904 S. 13.
Planck, Kommentar zum BGB. Bd. 4. 1924.
Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfes des BGB. 1897.
Reerink, Beiträge zur Lehre von der gesetzlichen Unterhaltspflicht der Verwandten und Ehegatten. In Gruchot Bd. 56 S. 709.
Reichsgericht, Entscheidungen. (zitiert: RGE.)
Reichsgerichtsräte-Kommentar 1922. (zitiert: RGKo.)
Rocholl, Das Eherecht des BGB. 1900.
Savigny, System des römischen Rechtes. 1840.
Schanze, Zur Lehre vom Alimentationsanspruch. Im Archiv für die zivilistische Praxis Bd. 69 S. 241.
Scheppler, Die Alimentationspflicht der Ehegatten. 1909.
Schmidt, Die Unterhaltspflicht getrennt lebender Ehegatten. Diss. Gießen 1911. (zitiert nach Seiten.)
Schmidt-Hedemann-Fuchs, Familienrecht. 1907. (zitiert nach Paragraphen.)
Schöpke, Die gesetzliche Unterhaltspflicht der Ehegatten während bestehender Ehe und nach Scheidung der Ehe. Diss. Leipzig 1913.
Seufferts Archiv für die Entscheidungen der obersten Gerichte.
Simeon, Recht und Rechtsgang im Deutschen Reich. 1921.
Sönning, Der Unterhaltsanspruch des getrennt lebenden Ehegatten nach dem BGB. Diss. Erlangen 1911.
v. Staudinger, Kommentar zum BGB. Bd. 4. 1913. (zit.: Staud.)

Thiesing, Die Wirkungen nichtiger Ehen. 1907.
Türke-Niedenführ, Das BGB. 1902.
Warneyer, Kommentar zum BGB. 1924.
Warneyer, Die Rechtsprechung des Reichsgerichtes auf dem Gebiete des Zivilrechtes. (zitiert: WarnRspr.)
Werner, Das Recht auf eheliche Lebensgemeinschaft in seiner prozessualen Durchführung. Diss. Würzburg 1910.
Westenberger, Die Unterhaltspflicht der Ehegatten. Diss. Heidelberg 1912.
Wetzel, Die Verweigerung der ehelichen Gemeinschaft. Im Archiv für bürgerl. Recht Bd. 26 S. 54.
Wieruszowski, Handbuch des Eherechtes. 1900. (zitiert: Wzki.)
Windscheid-Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechtes. 1901.
Wolff (Enneccerus-Kipp), Lehrbuch des bürgerlichen Rechtes. Bd. 2: Familienrecht. 1923.

§ 1.

Einleitung.

Wenn das BGB. eingangs der Erörterung der „Wirkungen der Ehe im allgemeinen" den Satz aufstellt: „Die Ehegatten sind einander zur ehelichen Lebensgemeinschaft verpflichtet" (§ 1353), so will die Rechtsordnung damit dem sozialethischen Begriff der Ehe, den das Gesetz zu definieren unterlassen hat[1]), einen rechtlich geschützten Inhalt geben. Die Ehe ist zunächst ein sittliches Verhältnis[2]), das vom Gesetzgeber als fertiges Gebilde angetroffen wird und ihm im großen und ganzen allein die Aufgabe stellt, die durch das Sittengesetz geschaffene und zunächst allein auf der Sitte beruhende eheliche Gemeinschaft in ihrer Gestaltung und Ausstrahlung rechtlich zu sanktionieren[3]). Eine solche Sanktion durch eine enumerative Aufzählung der einzelnen Rechte und Pflichten der Eheleute vorzunehmen, hat die Rechtsordnung im Gegensatz zu anderen Kodifikationen abgelehnt[4]): einmal, weil sich ein Teil dieser Pflichten schon aus dem Wesen der Ehe als einer Verbindung zweier verschieden-geschlechtlicher Menschen zu einer im Sinne des Gemeinschaftsgedankens zu führenden Lebensgemeinschaft[5]) ergibt; dann aber auch, weil eine abschließende und umfassende Aufführung aller Pflichten mit Rücksicht auf das besondere Wesen der Ehe nicht möglich sein würde[6]). Diese Erkenntnis hieß den Gesetzgeber sich auf die Behandlung der wichtigsten Auswirkungen der Ehe, deren Regelung aus öffentlichen Interessen geboten erschien,

---

[1]) Anders: L. 1 Dig. de ritu nupt. XXIII, 2; § 1 Inst. I, 9; ALR. II, 1 §§ 1 u. 2.

[2]) Windscheid § 490; Savigny Bd. 1 S. 345—347; Staud., Vorb. I zu § 1353; Planck S. 5 N. 1; Schmidt S. 3 N. 1; Lindemann-Soergel, Vorb. zu § 1303; Landsberg S. 855 I.

[3]) Windscheid § 490; Planck, Vorb. I zu § 1353; Wzki. S. 4.

[4]) ALR. II, 1 § 173; Sächs. BGB. § 1630; code civil art. 212 ff.

[5]) Jörges S. 17; ähnlich Kohler S. 47.

[6]) Goldmann-Li. S. 60; Planck, Vorb. I zu § 1353; Schmidt N. 1 zu § 1353; Landsberg S. 855 I; Scheppler S. 2; Westenberger S. 1; Mot. Bd. 4 S. 104; Wolff S. 100; Kohler S. 62 I.

zu beschränken, im übrigen aber die tausendfältigen aus der ehelichen Verbindung sich ergebenden Verpflichtungen summierend in dem Postulate ehelicher Lebensgemeinschaft (§ 1353 Abs. 1) zusammenzufassen.

Aus dieser Forderung mußte sich, wollte sie richtig als Gemeinschaft zweier Menschen für gute und schlechte Tage verstanden sein, als eine der wichtigsten und daher von der Rechtsordnung eingehend zu erörternden Pflichten der Ehegatten die Unterhaltsverpflichtung ergeben [7]). Diese Folgerung ist vom Gesetz auch gezogen worden, das dadurch das zunächst rein sittliche Gebot zur Rechtspflicht erhebt. Die Bestimmungen darüber waren mit Rücksicht auf den Rechtsgrund dem Privatrecht zuzuweisen [8]) und sind in das BGB. in den §§ 1360, 1361 unter die Vorschriften über „die Wirkung der Ehe im allgemeinen" eingereiht worden. Aus dieser Stellung innerhalb des Eherechtes ergibt sich zugleich, daß die Unterhaltspflicht notwendigerweise als Folge einer jeden Ehe unabhängig vom Güterstand und für alle gleichmäßig geltend auftritt [9]).

§ 2.

Die juristische Struktur des Unterhaltsanpruchs.

Betrachtet man den Unterhaltsanspruch auf seine rechtliche Struktur, so erkennt man, daß es sich hier nicht um einen einheitlich gestalteten Anspruch handelt. Das ergibt sich schon aus dem Gesetzestext, der die Unterhaltsverpflichtung in Art. 199 EG. als eine persönliche Rechtsbeziehung deutet, ihr dagegen in § 1345 einen vermögensrechtlichen Charakter zuschreibt. Demselben Rechtsinstitut werden zwei Prädikate, die rechtlich charakterisieren und zueinander im Gegensatz stehen, beigegeben. Dieser scheinbare Widerspruch löst sich aber, wenn man sich der Doppelnatur des Unterhaltsanspruches bewußt wird.

Wie bereits gezeigt, findet der Unterhaltsanspruch seine Grundlage in der durch die Eingehung der Ehe geschaffenen engen Lebensgemeinschaft der Eheleute. Seinem Ursprung nach ist er also familienrechtlicher Natur [1]) und hat daher auch zur rechten Beleuchtung seines

---

[7]) Mot. Bd. 4 S. 123, 126; Wzki. S. 59; Mitteis S. 22 V; Schmidt § 1360 N. 1 b; Endemann § 169 b 1; RGE. Bd. 71 S. 86; Scheppler S. 3.

[8]) Mot. Bd. 4 S. 676.

[9]) Anders das röm. Recht, vgl. Windscheid § 493 N. 3.

[1]) Mot. Bd. 4 S. 123, 677; Arnold S. 9; Lotz S. 15; Scheppler S. 1; Schmidt S. 13; Ludewig S. 5; Görke S. 24; Westenberger S. 3.

Wesens in Übereinstimmung mit neueren Kodifikationen [2]) im 4. Buch des BGB. getrennt von der vertraglichen und deliktischen (rein obligatorischen) Unterhaltsverpflichtung [3]) seinen Platz erhalten [4]).

Diese Auffassung wird erhärtet durch eine Reihe von Vorschriften, die aus sozialpolitischen Gründen zwar auch bei obligatorischen Ansprüchen auftreten, hier sich aber in erster Linie aus dem speziell familienrechtlichen Beziehungen anhaftenden höchst persönlichen Momente [5]) des Unterhaltsanspruches und seiner eindeutigen Zweckbestimmung erklären, der Notdurft einer bestimmten Person zu dienen und nur für sie zu bestehen [6]). Aus diesem Gesichtspunkt heraus ist bestimmt worden: Unterhaltsforderungen sind der Pfändung nicht unterworfen (§ 850 Abs. 1 Nr. 2 ZPO.). Sie können daher auch nicht abgetreten (§ 400) oder zum Gegenstand eines Nießbrauches (§ 1069 Abs. 2) oder Pfandrechtes (§ 1274 Abs. 2) gemacht werden. Es findet ihnen gegenüber keine Aufrechnung statt (§ 344), und im Konkurse des unterhaltsberechtigten Ehegatten gehört sein Anspruch, da unpfändbar, nicht zur Masse (§ 1 KO.). Weiterhin bedeutet die Verletzung der Unterhaltsverbindlichkeit im Hinblick auf ihren Ursprung eine Lockerung oder gar Zerreißung des Familienbandes und ist daher geeignet, gemäß § 1568 eine Klage auf Ehescheidung [7]) oder nach den besonderen güterrechtlichen Bestimmungen [8]) auf Aufhebung des Güterstandes zu begründen. Diese Erweiterung des Folgebereiches der Nichterfüllung über den bloßen Erfüllungs- und Entschädigungszwang hinaus zeigt deutlich die familienrechtliche Natur der Alimentationspflicht [9]).

Anderseits darf nicht übersehen werden, daß der Unterhaltsanspruch auf die Verwirklichung einer vermögensrechtlichen Leistung abzielt und daher seinem Gegenstand nach obligatorischen Charakters ist [10]). Er berechtigt den Gläubiger, ein Geben oder Tun vom Verpflichteten kraft Gesetzes zu verlangen, und kann daher insofern als ein Anspruch des Obligationenrechtes bezeichnet werden.

---

[2]) ALR.; code civil; Sächs. BGB.; Österr. BGB.
[3]) §§ 759 ff. und 843 ff.
[4]) Mot. Bd. 4 S. 677.
[5]) Endemann § 169 b 3; Opet § 1360 N. 11; Scheppler S. 3; Dernburg S. 128 VI; Meißner § 1360 N. 4 b.
[6]) Hussareck S. 670; Scheppler S. 3; Schmidt S. 14.
[7]) Wzki. S. 100; Staud. § 1568, 2 c; RG. in JW. 1901 S. 293 u. 324, in Recht 1909 Nr. 3089, in WarnRspr. 1915 Nr. 24; RGKo. § 1568 N. 3.
[8]) §§ 1418 Ziff. 2, 1468 Ziff. 3, 1542, 1549.
[9]) Scheppler S. 4; Lotz S. 20; Hussareck S. 500.
[10]) Mot. Bd. 4 S. 677; Wzki. S. 67 N. 1; Arnold S. 9; Lotz S. 15; Scheppler S. 1; Schmidt S. 13; Ludewig S. 15; Görke S. 24; Westenberger S. 4.

Indem man teils vom Ursprung, teils vom Gegenstand der Unterstützungspflicht ausging[11]), ist einseitig bald nur ihre familienrechtliche[12]), bald nur ihre obligatorische[13]) Seite hervorgekehrt worden. Die richtige Auffassung liegt in der Mitte. Der Anspruch ist kein rein familienrechtlicher, da er bei seiner Realisierung durch die einzelnen Leistungen schuldrechtlichen Charakter erlangt. Daraus kann aber nicht in einseitiger Betonung gefolgert werden, daß es sich hier um eine rein vermögensrechtliche Verbindlichkeit handelt; denn sie ist bedingt durch das familienrechtliche Motiv der Leistungsfähigkeit[14]) und kann als solche in ihrer Totalität bei Lebzeiten des Berechtigten nie durch Erfüllung zum Erlöschen gebracht werden[15]); auch ist ein Verzicht auf den zukünftigen Unterhalt unzulässig und nichtig (§ 1360 Abs. 3, § 1614).

Neuerdings[16]) ist diese eigenartige Verbindung von obligatorischen und familienrechtlichen Gesichtspunkten auch anerkannt worden. Desgleichen stimmen die Motive der Ansicht bei, wenn sie von der familienrechtlichen Natur des Anspruches ausgehen, seine obligatorische Orientierung aber insofern anerkennen, als er auf eine Leistung gerichtet ist[17]). Das Gesetz steht dieser Auffassung nicht entgegen. Jener scheinbare Widerspruch löst sich dahin, daß der Gesetzestext jedesmal nur die eine Seite der Unterhaltspflicht hervorhebt, ohne gleichzeitig damit das Rechtsinstitut als Ganzes charakterisieren zu wollen.

Praktisch wirkt sich dieser Dualismus aus in einem Ineinandergreifen von familienrechtlichen und obligatorischen Grundsätzen. Doch hat der Gesetzgeber durch die Disposition des Gesetzes dem familienrechtlichen Charakter eine Betonung zuteil werden lassen, die für die Anwendung obligatorischer Grundsätze nur insoweit Raum läßt, als nicht Abweichungen ausdrücklich festgestellt sind oder sich aus der Natur des Anspruchs ergeben[18]). Im übrigen ist der Dualismus materiell-

---

[11]) So das Schweizer BGB. § 328.

[12]) Kohler S. 70 N. 6, 361 II; Opet S. 110 ff.

[13]) Reerink S. 714, 715 u. 721. Anscheinend auch Goldmann-Li. S. 221 N. 3.

[14]) Kohler S. 361 III.

[15]) Opet S. 112; Hussareck S. 686; Lotz S. 17.

[16]) Arnold S. 9; Scheppler S. 1; Schmidt S. 13; Ludewig S. 5; Görke S. 24; Westenberger S. 4; Lindemann-Soergel, Vorb. zu § 1601.

[17]) Mot. Bd. 4 S. 676; Staud., Vorb. 2 zu § 1601; Planck, Vorb. 2 zu § 1601.

[18]) Wzki. S. 67 N. 1; Opet, Vorb. 8 zu § 1601; Scheppler S. 2; Staud., Vorb. 2 zu § 1601; Mot. Bd. 4 S. 677; RGKo. S. 7 N. 3; Kohler S. 362 V; Görke S. 24; Lotz S. 15; Sönning S. 7.

rechtlich von geringer Bedeutung; erst für die Art seiner gerichtlichen Geltendmachung spielt die Frage nach der juristischen Struktur des Unterhaltsanspruches eine Rolle.

§ 3.

Die allgemeinen Voraussetzungen für die Entstehung des Anspruchs.

Deutsche Rechtsauffassung ist es, daß der Mann die Frau ernähren muß [1]). In diesem Sinne verpflichtet das geltende Recht im § 1360 Abs. 1 den Mann, der Frau nach Maßgabe seiner Lebensstellung, seines Vermögens und seiner Erwerbsfähigkeit Unterhalt zu gewähren [2]).

Aus der gewählten Fassung des Gesetzes ergibt sich, daß die Kosten der Alimentierung rechtlich nicht gemeinschaftliche, sondern lediglich persönliche Verbindlichkeiten des Mannes sind [3]). Gleichwohl erfährt diese Bestimmung wirtschaftlich oft eine nicht unbedeutende Modifizierung durch die einschlägigen Bestimmungen des ehelichen Güterrechtes, die das Vermögen der Frau zur Bestreitung der durch das Eheleben entstehenden Kosten mit heranziehen. Im Resultat kann sich daher die Lage bisweilen so gestalten, daß der Mann, wenn er eine vermögende Frau geheiratet hat, vollkommen oder doch zum größten Teil von dieser unterhalten wird und so von seiner ganzen Verpflichtung zur Unterhaltsgewährung nichts anderes übrig bleibt als eine bloße Verwaltungspflicht. Die erst so drückend erscheinende Bürde, die dem Mann durch den § 1360 Abs. 1 auferlegt ist, erleichtert sich somit beträchtlich, wenn man jener Vorschriften [4]) gedenkt, die der Frau die Einkünfte aus ihrem Vermögen entziehen. Die Alimentationslast trägt demnach tatsächlich nicht der Mann, sondern die eheliche Gemeinschaft, und zwar hier in ihrer Form als Wirtschaftsgemeinschaft. Der Gesetzestext in § 1360 Abs. 1 läßt aber keinen Zweifel darüber aufkommen, daß rechtlich durch die Alimentierung der Frau eine Verbindlichkeit nur zu Lasten des Mannes begründet wird.

Die allgemeinen Voraussetzungen, unter denen der Anspruch der Frau zur Entstehung gelangt, sind im § 1360 Abs. 1 schlechthin geregelt, d. h. nicht nur für die im Abs. 3 bestimmte Art der Gewährung,

---

[1]) vgl. L. 13 C de neg. gest. 2, 19; Glück Bd. 24 S. 382; ALR. II, 1 §§ 185 ff.
[2]) Dernburg S. 125; Rocholl S. 93; Endemann § 169, 1.
[3]) ALR. II, 1 § 185; Code civil Art. 214; Sächs. BGB. § 1634.
[4]) §§ 1363, 1371, 1427, 1438, 1458, 1519, 1525, 1529, 1549, 1550.

sondern auch für die des § 1361. Das Verhältnis der beiden Vorschriften ist nicht etwa dahin festgelegt, daß der § 1361 die Unterhaltsgewährung getrennt lebender Ehegatten erschöpfend behandelt und § 1360 allein die Alimentation im Falle der ehelichen Gemeinschaft regelt[5]). Der § 1361 ist vielmehr eine Ergänzungsvorschrift, in der die Art und Weise der Unterhaltsgewährung im speziellen Falle berechtigter Trennung näher erörtert wird, während die Voraussetzungen wie Maß und Inhalt der allgemeinen Bestimmungen des § 1360 zu entnehmen sind. Insofern hat § 1360 auch für den Fall des Getrenntlebens der Ehegatten Geltung[6]).

Da der Anspruch seinen Ursprung in der ehelichen Gemeinschaft der beiden Gatten hat, kann er nur einer Ehe entspringen, die vom Gesetz mit Rechtswirkungen ausgestattet ist. Man streitet darüber, wie sich die Unterstützungspflicht des Mannes im Falle einer nichtigen Ehe (§ 1325—1328) gestaltet. Wollte man hier von den allgemeinen Grundsätzen ausgehen, so könnte ein Unterhaltsanspruch für die Frau aus einer solchen Verbindung nicht entstehen[7]); denn das nichtige Rechtsgeschäft übt, weil rechtlich nicht vorhanden, Wirkung für und gegen niemand. Gleichwohl muß mit Rücksicht auf den § 1329 und den Umstand, daß es im Interesse der Verkehrssicherheit sowie zur Vermeidung widersprechender Urteile ratsam ist, die Nichtigkeit der Ehe für und gegen alle einheitlich im besonderen Verfahren festzustellen[8]), die nichtige Ehe bis zu ihrer Nichtigkeitserklärung durch Urteil als gültig angesehen werden. Demgemäß besteht die Unterhaltspflicht auch in diesem Falle[9]).

Ferner muß der Mann nach Maßgabe seines Vermögens und seiner Erwerbsfähigkeit den Unterhalt zu tragen imstande sein[10]). Die Unterstützungspflicht ist aber nicht wie die der Verwandten davon abhängig, daß der Schuldner bei Berücksichtigung seiner sonstigen Verpflichtungen ohne Gefährdung seines eigenen standesgemäßen Unterhaltes ihr genügen kann. Die Ehe ist eine Verbindung für gute und schlechte Tage, und darum muß der Mann, was er hat, mit der Ehefrau teilen, mag er nun in verschwenderischem Luxus leben oder mag

---

[5]) So anscheinend Wetzel S. 147.

[6]) Staud. § 1361 N. 5; Planck § 1361 N. 1; RGKo. N. 1; Schmidt N. 1c; Schmidt S. 63; Schöpke S. 37; Sönning S. 25.

[7]) So Thiesing S. 86 ff. u. 105 ff.

[8]) Mot. Bd. 4 S. 56.

[9]) Staud. § 1329, 2; Planck N. 10e; Dernburg S. 71 III; Wolff S. 81; Scheppler S. 34; Sönning S. 21.

[10]) Planck § 1360 N. 1a; Dernburg S. 126; Wolff S. 387; Arnold S. 11; Goldmann-Li. S. 73; Ludewig S. 8; Scheppler S. 11.

das Vorhandene nur für die notdürftige Erhaltung der eigenen Existenz ausreichen [11]).

Man streitet darüber, wer die Beweislast dieser Voraussetzung trägt, ob die den Unterhalt einklagende Frau die Leistungsfähigkeit ihres Ehemannes dartun muß, oder ob vielmehr der Beklagte zu beweisen hat, daß er zur Leistung der in Anspruch genommenen Alimente nicht fähig ist. Die herrschende Meinung [12]) geht davon aus, daß durch die Bestimmung des § 1603 Abs. 1 die Frage allgemein dahin entschieden sei, daß der Beklagte seine Leistungsunfähigkeit einredeweise vorbringen und beweisen müsse. Dem kann jedoch nicht zugestimmt werden: eine parallele Bestimmung zum § 1603 Abs. 1 fehlt im Bereiche der ehelichen Unterhaltspflicht [13]). Aus dem Wortlaut des § 1360 läßt sich eine im Sinne der herrschenden Lehre geregelte Beweislast nicht entnehmen. Bei einem Vergleich mit dem des § 1603 Abs. 1 ergibt sich vielmehr, daß sich die beiden Bestimmungen in entgegengesetzter Ausdrucksweise bewegen und die des § 1360 Abs. 1 offensichtlich erkennen läßt, daß die Leistungsfähigkeit als Voraussetzung der Alimentationspflicht auch vom Kläger zu beweisen ist [14]).

Von ihrer Bedürftigkeit ist der Anspruch der Frau nicht abhängig [15]). Es ist daher ohne Einfluß auf die Pflicht des Ehemannes, wenn seine Frau allein aus den Einkünften ihres Vermögens ihren Unterhalt ohne seinen Zuschuß bestreiten kann [16]) oder ihr durch die Verwertung der Arbeitskraft hinreichende Geldmittel zur Verfügung stehen [17]). Die Vermögenslage der Ehefrau ist für ihren Anspruch unbeachtlich. Zu Bedenken hat jedoch die Ausdrucksweise des § 1614 Abs. 2 Anlaß gegeben, der im Interesse der Sicherung des familiären Zweckes des Unterhaltes bestimmt, daß durch eine Vorausleistung der Verpflichtete im Falle „erneuter Bedürftigkeit" des Berechtigten bei Geldrenten nur für 3 Monate befreit wird. Da aber § 1360 Abs. 3 ausdrücklich auf eine „entsprechende Anwendung" der zitierten Bestimmung verweist und der Unterstützungsanspruch der Frau durch ihre Bedürftigkeit nicht bedingt ist, so kann nach richtiger Interpretation die

---

[11]) Mot. Bd. 4 S. 123; RG. in JW. 1900 S. 849, 1904 S. 294, 1911 S. 773; OLG. im Recht 1903 S. 292.

[12]) Staud. § 1360 N. 4a; Planck N. 6; Warneyer § 1360 N. III; Arnold S. 9; Burmeister S. 32; Schmidt S. 94.

[13]) Wzki. S. 69 N. 8; Sönning S. 25.

[14]) Im Ergebnis zustimmend Leonhard S. 421; Wzki. S. 69 N. 8; Sönning S. 25; Dernburg S. 126 N. 3.

[15]) RG. in JW. 1908 S. 554, 1912 S. 351; RGE. Bd. 30 S. 126.

[16]) WarnRspr. 1912 Nr. 169; OLG. im Recht 1901 S. 285; RGE. Bd. 91 S. 401.

[17]) OLGE. Bd. 22 S. 54.

im § 1614 Abs. 2 geforderte erneute Bedürftigkeit Voraussetzung nur für die nochmalige Geltendmachung des Unterhaltsanspruchs seitens des Mannes, nicht aber seitens der Frau sein [18]).

Solange diese beiden Voraussetzungen nicht erfüllt sind, besteht keine Verpflichtung für den Mann, seine Frau zu unterhalten. Die Ehe allein erzeugt den Anspruch noch nicht. Wenn sie auch der Boden ist, dem er entwächst, so ist (worauf bei der Regelung der Unterstützungspflicht auch hingewiesen wurde [19])) für seine Entstehung der Eintritt weiterer Voraussetzungen erforderlich. Solange diese nicht erfüllt sind, besteht nur eine rechtliche Möglichkeit, für den Unterhalt der Frau aufkommen zu müssen. Man kann aber diesen Zustand nicht als ein Stadium der Latenz bezeichnen und ihm ein Betätigungsstadium gegenüberstellen, in dem die Befugnis besteht, die Leistungen zu beanspruchen [20]). Von einer Latenz könnte nur die Rede sein, wenn die Unterhaltspflicht Vorwirkungen erzeugte (wie z. B. das Pflichtteilsrecht in den §§ 2325, 2329). Solche sind aber dem Gesetz unbekannt. Auch handelt es sich nicht um eine „ununterbrochene andauernde Pflicht, für deren Betätigung zurzeit die erforderliche Gelegenheit fehlt" [21]), sondern um eine von den mehreren Voraussetzungen, von denen das Gesetz die Unterhaltsverpflichtung abhängig macht. Solange die andere (die Leistungsfähigkeit) nicht vorliegt, kann von einer Verpflichtung überhaupt nicht gesprochen werden [22]).

Selbst dann, wenn diese Erfordernisse verwirklicht sind, behandelt das Gesetz den Unterstützungsanspruch nicht als eine einheitliche Obligation, die, einmal entstanden, so lange fortdauert, bis die eine oder andere Voraussetzung weggefallen ist; denn der Anspruch ist abhängig von veränderlichen Komponenten: es kann eine Verschlechterung in der Vermögenslage des Mannes eintreten oder eine Änderung der Gewährung dadurch herbeigeführt werden, daß sich der Alimentierte eine sittliche Verfehlung zuschulden kommen läßt (§§ 1611 Abs. 2, 2335, 1565—1568). Der Anspruch erneuert sich vielmehr fort und fort wie die sittliche Pflicht, auf der er beruht, solange jene Voraussetzungen begründet sind [23]).

---

[18]) Staud. § 1360 N. 5d; Planck N. 13d; Opet N. 10; Arnold S. 14; Schmidt S. 33; and. Ans. Wzki. S. 124.

[19]) Mot. Bd. 4 S. 677.

[20]) Opet S. 113; dagegen bes. Krüger S. 770; Staud. Vorbem. 2a zu § 1601.

[21]) Opet S. 114.

[22]) Krüger S. 770.

[23]) Mot. Bd. 4 S. 677.

Praktisch wirkt sich diese eigenartige Gestaltung dahin aus, daß die einmal geschehene Normierung des Unterhaltsmaßes keinen die Ehegatten für immer bindenden Zustand begründen kann [24]). Ist eine solche durch einseitige Bestimmung oder durch Vertrag erfolgt, so kann die Frau auf Erweiterung der ihr gebührenden Leistung von dem Augenblick an bestehen, in welchem eine Änderung der den Umfang der Unterstützungspflicht bedingenden Verhältnisse eingetreten ist [25]). Tritt im Falle rechtskräftiger Verurteilung eine wesentliche Veränderung derjenigen Umstände ein, die für die Verurteilung maßgebend waren, so ist jeder Teil berechtigt, eine entsprechende Abänderung des Urteils für die Zeit nach Erhebung der Klage zu verlangen (§ 323 ZPO.).

§ 4.

Der Umfang des Anspruchs.

Das Gesetz hat dem Manne die Unterhaltslast nicht schlechthin auferlegt, vielmehr den Umfang seiner Verpflichtung von seiner Lebensstellung, seinem Vermögen und seiner Erwerbsfähigkeit abhängig gemacht (§ 1360 Abs. 1). Ist die Leistungsfähigkeit schon an sich Voraussetzung für den Anspruch der Ehefrau, so bestimmt sie anderseits aber auch neben dem Maßstab der Standesmäßigkeit den Umfang der dem Ehemann obliegenden Unterhaltsleistungen.

Einheit des Lebens bedingt Einheit des Standes [1]). Die soziale Stellung des Mannes, in welche die Frau durch die Eheschließung eintritt, ist der gemeinsame Stand der Eheleute. Aus dieser Anschauung heraus hat das geltende Recht der Frau einen Anspruch auf standesgemäße Alimentierung gegeben, indem es die Lebensstellung des Mannes als einen den Umfang der Unterstützungspflicht bestimmenden Faktor der Vorschrift des § 1360 einreihte. Was darunter zu verstehen ist, kann nur aus allgemeinen Gesichtspunkten gewonnen werden. Heranzuziehen für die Beurteilung des „standesmäßigen" Unterhaltes sind die wirtschaftlichen und beruflichen Verhältnisse des Mannes unter Beachtung der gesellschaftlich üblichen Auffassung [2]). Als Haupt der Familie liegt es dem Manne ob, die Lebensführung anspruchsvoller oder bescheidener zu gestalten (§ 1354).

---

[24]) Wzki. S. 91; Scheppler S. 6; Becker S. 24; Westenberger S. 14; Hoch S. 23; Schöppke S. 24; Opet S. 94.
[25]) Opet S. 95 f.; Scheppler S. 6; Wzki. S. 91.
[1]) Kohler S. 57 II; Mitteis S. 22 V.
[2]) RGKo. § 1610 N. 1; Opet § 1360 N. 3a; Schmidt N. 2c; Lude-

Auch die Leistungsfähigkeit des Unterhaltsschuldners hat im § 1360 Abs. 1 keine nähere Umgrenzung erfahren, sondern ist nur von der bloßen Tatsache des Vermögensbesitzes und der Erwerbsfähigkeit abhängig gemacht. Das Vermögen des Mannes umfaßt nicht nur das eigene Vermögen, dessen Stamm er notfalls angreifen muß [3]), und das Arbeitseinkommen aus seiner beruflichen Tätigkeit. Hinzuzurechnen sind noch die Einnahmen aus dem seiner Nutznießung unterliegenden Frauenvermögen und der Beitrag, den die Frau evtl. aus ihrem eigenen Vermögen zuschießt. Allgemein umschreibend kann man als Vermögen des Mannes ansprechen die Gesamtheit der Rechte, die er sich dienstbar machen kann.

Die Erwerbsfähigkeit des Mannes hängt ab von seiner psychischen und physischen Beschaffenheit, seiner beruflichen Ausbildung und den sich bietenden Erwerbsmöglichkeiten [4]). Die Erwerbsfähigkeit bemißt sich nicht nach dem wirklichen Erwerb [5]); einem Mißverhältnis zwischen tatsächlichem Einkommen und Leistungsfähigkeit soll ja gerade durch die Beobachtung beider Maßstäbe, des Vermögens und der Erwerbsfähigkeit, begegnet werden [6]). Der Mann hat aber ein Recht auf seinen Beruf [7]). Die Frau kann nicht verlangen, daß er seinen Beruf als Gelehrter aufgibt, um im Interesse eines mannigfaltigeren Unterhaltes einer gewinnbringenderen Beschäftigung nachzugehen. Billigerweise geht die Erwerbsfähigkeit in Fällen, wo er bereits einen Beruf ausübt, bis zu dem Punkte, wo seine Lebensstellung durch seine Tätigkeit gefährdet erscheint [8]). Jenseits dieser Grenze ist der Mann erwerbsunfähig und die Frau muß, falls sie höhere Ansprüche an das Leben stellt, ihrerseits zu einer reicheren Ausgestaltung des ehelichen Haushaltes beitragen. Natürlich kann dies alles nur in den Schranken des vernünftigen Lebens gelten: unverständige Launen sind kein Beruf [9]).

Andere Maßstäbe sind anzulegen, wo der Mann einer Beschäftigung nicht mehr nachgeht oder sich beruflich überhaupt noch nicht betätigt hat, obwohl er dazu imstande ist. Für das Maß des Unterhaltes ist dann

---

wig S. 13; Westenberger S. 11; Sönning S. 51; Becker S. 22; Wzki. S. 86; RGE. Bd. 75 S. 124; WarnRspr. 1914 Nr. 196.

[3]) RGKo. § 1360 N. 3; Warneyer § 1360 N. 1; Wzki. S. 69; Goldmann-Li. S. 73 N. 6; Kohler S. 361, 3; RG. in JW. 1911 S. 368, 773; WarnRspr. 1909 Nr. 146, 1910 Nr. 388.

[4]) Opet § 1360 N. 3c; Becker S. 23; Ludewig S. 14; Schöppke S. 13.

[5]) OLGE. Bd. 24 S. 2; Wolff S. 105 N. 2; Landsberg S. 861.

[6]) Sönning S. 56.

[7]) Kohler S. 69, 5.

[8]) Opet § 1360 N. 3c; Becker S. 23.

[9]) So Kohler S. 70.

entweder der bisherige Beruf oder die Möglichkeit, eine andere der Arbeitskraft des Mannes entsprechende Beschäftigung auszuüben, zugrunde zu legen. Solchenfalls ist der Mann auch zu einem Erwerbe verpflichtet, der seinem früheren Stande nicht entspricht[10]). Der entgegengesetzten Ansicht[11]) kann nicht zugestimmt werden; denn mangels einer Befähigung oder Gelegenheit zur Ausübung eines standesgemäßen Berufes könnte der Mann trotz voller Arbeitsfähigkeit auf Kosten fürsorgepflichtiger Verwandten oder der öffentlichen Armenpflege dem Müßiggange leben. Die Frau hat einen Rechtsanspruch darauf, an dem das öffentliche Interesse weitgehend beteiligt ist, daß der Mann in Ermangelung eines Arbeitseinkommens oder sonstigen hinreichenden Vermögens eine Beschäftigung ausübt, der sonst Leute seines Standes nicht obliegen.

Bei der Feststellung des Begriffes „Leistungsfähigkeit" sind alle Verbindlichkeiten des Mannes in Abzug zu bringen, die zurzeit begründet sind und demnächst fällig werden[12]). Es kann vom Manne nicht verlangt werden, daß er die in Anbetracht der wirklichen Vermögenslage luxuriösen Ansprüche seiner Frau auf Kosten seiner Existenz befriedigt. Eine solche Überspannung des Begriffes würde den Mann der Mittel berauben, seinen Verpflichtungen den Gläubigern gegenüber nachzukommen. Die Folge davon wäre rechtlich die zwangsweise Befriedigung im Wege des Konkurses[13]) und wirtschaftlich die sich oft aus einem Konkursverfahren ergebende Unmöglichkeit, die alte Existenz wieder zu festigen. Zudem wäre es sehr ungerecht, wollte man der Frau die Hälfte der zur Verfügung stehenden Mittel unbelastet zuerkennen, während der unterhaltspflichtige Mann mit dem Rest die auf dem Ganzen ruhenden Schulden zu begleichen hätte[14]). Dadurch würde eine Verschiedenheit der Lebenshaltung bedingt, die, soweit es sich um den § 1360 handelt, jedem Geiste ehelicher Gemeinschaft Hohn sprechen würde.

Das Verhältnis der beiden Maßstäbe, Standesmäßigkeit und Leistungsfähigkeit, kann man allgemein dahin formulieren, daß der erste Begriff sagt, was an Unterhalt grundsätzlich zu gewähren ist, während der andere zum Ausdruck bringt, was unter den jeweiligen Umständen gewährt werden kann[15]). Vom Gesetz werden sie scheinbar als gleich-

---

[10]) Wzki. S. 69; Sönning S. 56.
[11]) Opet § 1360 N. 3c.
[12]) And. Ans. Opet § 1360 N. 3b.
[13]) Warneyer § 1360 N. 1; Neumann N. 2; Hörle S. 161; Haidlen S. 52 N. 6; Bock S. 39; Görke S. 8; Becker S. 23; OLGE. Bd. 4 S. 404.
[14]) Sönning S. 54.
[15]) Becker S. 22.

berechtigt hingestellt; sie wirken jedoch tatsächlich beschränkend aufeinander, d. h. einerseits braucht die Leistungsfähigkeit des Mannes durch eine standesgemäße Gewährung des Unterhaltes noch nicht erschöpft zu sein[17]), anderseits ist eine der Lebensstellung des Mannes entsprechende Alimentierung durch seine Leistungsfähigkeit bedingt. Das erste bedeutet, daß das durch die Lebensstellung des Mannes gebotene Maß die Höchstgrenze ist, bis zu der die Frau den Mann in Anspruch nehmen darf, selbst wenn ihm seine Mittel eine Steigerung des Lebensbedarfs über diese Grenze hinaus gestatten[18]). Ohne Rechtsmißbrauch könnte der Mann kraft seines Entscheidungsrechtes (§ 1354) einen überstandesmäßigen Anspruch der Frau zurückweisen. Auf diese Weise beschränkt der Maßstab der Standesmäßigkeit den der Leistungsfähigkeit; aber auch umgekehrt ist dies der Fall, insofern ein Mangel an Mitteln die Eheleute zwingen kann, unter ihrem Stande zu leben. Der Mangel braucht dabei nicht einmal akut zu sein. Man wird es einem sorgsamen Familienvater nicht verwehren können, die an sich für die standesmäßige Alimentierung ausreichenden Mittel im Interesse einer gesicherten Familienexistenz auf Kosten der augenblicklichen Lebenshaltung zu beschränken[19]), selbst wenn sie hinter der standesmäßigen zurückbleibt. Die Frau muß sich in solchen Fällen mit weniger begnügen. Es erweist sich somit, daß die Unterstützungspflicht des Mannes innerhalb des durch seine Lebensstellung gebotenen Maßes ihre Grenzen in seiner Leistungsfähigkeit hat[20]).

Eine Modifikation erfährt der Anspruch dadurch, daß sich die Ehefrau einer Verfehlung schuldig macht, die den Mann berechtigen würde, nach §§ 1565—1568 auf Scheidung zu klagen (§ 1611 Abs. 2 und 2335). Die Frau kann dann nur den notdürftigen Unterhalt beanspruchen, d. h. die Alimentierung beschränkt sich auf das, was zur Befriedigung ihrer notwendigsten Bedürfnisse ohne Rücksicht auf die Standesmäßigkeit gerade ausreicht[21]). Der notdürftige unterscheidet sich somit von dem standesmäßigen Unterhalt nicht inhaltlich, sondern nur dem Umfang nach[22]). Ist z. B. die Frau infolge eines Ehebruches

---

[16]) Scheppler S. 13; Westenberger S. 12; Lotz S. 29 N. 2.

[17]) Gewährung eines höheren als standesgemäßen Unterhalts kann Schenkung sein. RG. in WarnRspr. 1912 Nr. 382.

[18]) RGKo. § 1360 N. 1; Westenberger S. 13; Scheppler S. 13.

[19]) Mot. Bd. 4 S. 123/24; RG. in WarnRspr. 1914 Nr. 192, 1922 Nr. 54.

[20]) Wzki. S. 87; Westenberger S. 12; Lotz S. 29; Scheppler S. 13.

[21]) Opet § 1360 N. 5; Dernburg S. 255; Burmeister S. 21; Schmidt S. 18; Wolff S. 395; Wzki. S. 88; Westenberger S. 15.

[22]) Planck § 1360 N. 11; Staud. § 1610 N. 3a; Goldmann-Li. S. 230 N. 47; RG. in JW. 1907 S. 711; OLGE. Bd. 15 S. 415.

syphilitisch erkrankt, so erhält sie zwar ärztliche Behandlung, jedoch nur in dem Maße, wie zu ihrer Heilung erforderlich ist, nicht aber, wie sie ohne ihre Verfehlung nach der Lebensstellung ihres Mannes es verlangen könnte [23]); denn nachdem die Ehe, die Grundlage der Alimentierung, in einem solchen Maße verletzt ist, kann von einer sittlichen Pflicht zur Unterhaltsgewährung keine Rede mehr sein [24]). Doch ist es nicht angängig, daß der Mann die Frau auf den Erwerb durch eigene Arbeit allein aus dem Grunde verweist, weil sie nur den notdürftigen Unterhalt verlangen kann. Diese Möglichkeit besteht auch für den Fall des § 1611 Abs. 2 nur unter den Voraussetzungen des § 1361 Abs. 2 [25]).

Der notdürftige Unterhalt ist kein Begriff, dessen Umfang ein für alle Mal festliegt; vielmehr differiert er nach dem für jeden einzelnen verschieden zu bemessenden Existenzminimum [26]). So wird in nicht geringem Maße die bisherige Lebenshaltung zu berücksichtigen sein, durch deren Weiterführung nicht selten die physische Existenz einer Person bedingt ist [27]); dann wird es sich auch nach dem Gesundheitszustand des Menschen überhaupt richten; denn ein Kranker wird gewöhnlich mehr bedürfen als ein Gesunder.

Das Recht des Mannes, den Unterhalt auf das Notdürftige zu beschränken, dauert so lange, als es durch Verzeihung nicht erloschen ist (§ 2337). Erfolgt sie, so wird der Umfang der Unterstützungspflicht wieder auf das Maß der Standesmäßigkeit erweitert.

§ 5.

Der Inhalt des Anspruchs.

Der Inhalt der Alimentationslast des Mannes ergibt sich aus dem Zweck derselben; dieser verpflichtet den Schuldner, dafür Sorge zu tragen, „daß es dem Berechtigten an nichts gebricht, was zu seines Leibes und Geistes Nahrung und Notdurft gehört“ [1]); m. a. W. die Unterhaltspflicht umfaßt die Gewährung des gesamten Lebensbedarfes. Diese mangels einer besonderen Vorschrift analoge Verwendung der dem Verwandtschaftsrecht angehörenden Bestimmung des § 1610 ist allgemein gebilligt worden [2]).

---

[23]) Beisp. b. Planck § 1360 N. 11.
[24]) Mot. Bd. 4 S. 701.
[25]) Planck § 1360 N. 11; JW. 1922 S. 1337.
[26]) Opet S. 90.
[27]) OLGE. Bd. 15 S. 415.
[1]) Schanze S. 243.
[2]) RGKo. § 1360 N. 1 u. 9; Staud. N. 3; Planck N. 7; Opet N. 2; Wolff S. 106; Wzki. S. 93; Meusezahl S. 51; Schmidt § 1360 N. 2b.

Was im einzelnen zum Lebensbedarf gehört, hat das Gesetz nicht aufgezählt, vielmehr den Inhalt der Unterstützungspflicht von den individuellen Verhältnissen jeder Ehe abhängig gemacht. Zweifellos gehört dazu zunächst alles das, was zur rein körperlichen Existenz des Menschen erforderlich ist: außer Nahrung und Kleidung auch Wohnung, Heizung und Beleuchtung. Nicht minder notwendig sind zur Erhaltung des Lebens ärztliche Hilfe und Erholungsreisen [3]). Auch die Befriedigung geistlicher Bedürfnisse kann die Frau verlangen. Indem das Gesetz für die inhaltliche Bemessung des Unterhaltes die individuellen Verhältnisse der Eheleute als maßgebend erachtet, hat es damit zum Ausdruck gebracht, daß bei Ehegatten, welche über Mittel und Gelegenheit verfügen, sich geistige Genüsse zugänglich zu machen, die Kosten hierfür in einem dem Stande und Talente angemessenen Umfang zum Unterhalt gehören [4]), z. B. Besuch von Theatern, Konzerten, Ankauf von Büchern, Halten von Zeitungen, Benutzung von Miet-büchereien.

Im Gegensatz zum ALR. (II §§ 187, 185) gehören Prozeßkosten nicht zu dem vom Ehemann gemäß § 1360 zu machenden Aufwendungen. Es könnte zweifelhaft erscheinen, ob nicht der Schutz persönlicher Rechte im konkreten Falle ein ebenso berechtigtes Bedürfnis ist, wie der zur Erhaltung der Existenz erforderliche Unterhalt [5]). Gleichwohl haben Theorie [6]) und Praxis [7]) eine Einbeziehung der Prozeßkosten in die Unterhaltspflicht nicht für nötig erachtet. Aus der Schutzpflicht des Mannes allgemein seine Pflicht zur Tragung derartiger Lasten herzuleiten, hat man abgelehnt [8]). Eine solche Schlußfolgerung würde zu großen Härten gegen den Mann geführt haben, weil er die Frau an der Führung von Prozessen nicht hindern kann (§ 51 Abs. 2 ZPO.). Damit ist ihr jedoch kein Unrecht geschehen, da die prozessuale Verteidigung und Verfolgung von Rechten der Ehefrau durch die Vorschriften über das Armenrecht gewährleistet sind (§§ 114 ff. ZPO., § 379 Abs. 3 StPO. [9]). Man hat es vielmehr für zweckmäßig

---

[3]) L. 34 § 2 Dig. de verb. sign. 16; RG. in JW. 1905 S. 203; OLGE. Bd. 8 S. 343, Bd. 18 S. 256.

[4]) Schmidt S. 20; Schöppke S. 19; Meusezahl S. 52; Kohler S. 70 N. 9; and. Ans. Enneccerus-Lehmann Bd. 2 S. 434.

[5]) Westenberger S. 17; Scheppler S. 15; Meyerhoff S. 692.

[6]) Warneyer § 1360 III; Staud. N. 3; Planck N. 9; Opet N. 2; Schmidt N. 2b; Wzki. S. 94; Türke N. 4; Crome S. 233 N. 35; Haidlen S. 52.

[7]) RGE. Bd. 46 S. 354 ff. und JW. 1900 S. 409; OLG. im Recht 1905 S. 529.

[8]) Mot. Bd. 4 S. 124 ff., 696 ff.

[9]) Wzki. S. 95; Scheppler S. 14; Westenberger S. 17.

erachtet[10]), die Frage vom Standpunkt des ehelichen Güterrechtes zu erörtern, und nach den dort gegebenen Bestimmungen[11]) richtet es sich, ob der Ehemann diese Kosten zu tragen hat. Auch eine Prozeßkosten-Vorschußpflicht ist nach heutigem Recht im Rahmen der ehelichen Unterstützungspflicht nicht mehr begründet[12]).

Anders verhält es sich mit den Haftkosten, die durch eine Internierung der Frau in einem Gefängnis entstehen. Zwar bringt die gesonderte Lebensführung in einer Strafanstalt außerhalb des ehelichen Haushaltes eine Verteuerung der Lebenshaltung durch die Schuld des Bedürftigen mit sich; auch muß der Mann infolge der Haft seiner Frau ihrer Mitarbeit in Haushalt und Erwerbsgeschäft entraten. Gleichwohl bleibt die Unterhaltspflicht in vollem Umfange bestehen. Das Wesen der Ehe, durch welche sich die Ehegatten für gute und schlechte Tage verbunden haben, fordert, daß auch in selbstverschuldeten Fällen der eine für den anderen einsteht[13]).

Bei der Frage, ob die Deckung von Schulden zur Alimentierung gehört, ist zu unterscheiden: Der Zweck der Unterhaltsverpflichtung besteht darin, die körperliche und geistige Individualität des anderen zu erhalten[14]). Auf die Vergangenheit kann daher regelmäßig der Anspruch nicht erstreckt werden. Das ergibt sich nicht nur aus seinem Wesen, sondern auch aus der Erwägung, daß eine unbeschränkt zulässige Geltendmachung des vergangenen, nicht gewährten Unterhaltes eine Bereicherung des Berechtigten auf Kosten des Verpflichteten herbeiführen würde. Deshalb bestimmt das Gesetz, daß für die Vergangenheit Erfüllung oder Schadensersatz wegen Nichterfüllung nur verlangt werden kann von der Zeit an, zu welcher der Verpflichtete in Verzug gekommen oder der Unterhaltsanspruch rechtshängig geworden ist (§§ 1360 Abs. 3, 613). Eine Inanspruchnahme des Pflichtigen ist also nur in diesen Grenzen möglich. Soweit es sich aber um Schulden handelt, die die Frau infolge Verzögerung oder Ausbleibens der Alimente zur Deckung ihres Lebensbedarfs machen mußte, sind sie zu berücksichtigen; dabei gilt auch hier der allgemeine Maßstab, so daß der Mann solche Schulden, die seine Leistungsfähigkeit oder Standesmäßigkeit über-

---

[10]) Mot. Bd. 4 S. 125.

[11]) §§ 1387, 1388, 1412 Abs. 2, 1416, 1464, 1529 Abs. 2, 1531, 1535, 1549.

[12]) RGKo. § 1387 N. 6a; Staud. § 1360 N. 3; Türke N. 4; Planck N. 9; Meißner N. 1d; Mot. Bd. 4 S. 125, 202, 640; RG. in DJZ. 1901 S. 141; OLG. im Recht 1905 S. 529.

[13]) Mot. Bd. 4 S. 124; RGKo. § 1360 N. 4; Staud. N. 3; Planck N. 8; Rocholl S. 95; Meißner N. 1c; Türke N. 3.

[14]) Hussareck S. 659.

schreiten, nicht zu begleichen braucht. Alle anderen Verbindlichkeiten der Frau ist der Mann zu zahlen nicht verpflichtet[15]).

Die Mittel zur Begründung eines Erwerbsgeschäftes kann die Frau nicht verlangen[16]). Der Zweck der Unterstützungspflicht, dem Bedürftigen dasjenige zu bieten, was zur unmittelbaren Fortsetzung seiner Existenz notwendig ist[17]), schließt alles aus, was diesem Zweck nicht dient. Unberührt bleibt aber die Befugnis des Richters, im Rahmen des § 1361 Abs. 2 der Frau an Stelle der verlangten Rente einen bestimmten Betrag mit dem Hinweis zuzubilligen, daß dadurch der Frau die Möglichkeit zur Begründung einer Erwerbsgelegenheit gegeben und somit der Unterhaltspflicht seitens des Mannes Genüge geschehen sei[18]).

§ 6.

Die Abgrenzung des Geltungsbereiches der §§ 1360 Abs. 3 und 1361.

Die Art und Weise der Unterhaltsleistung ist geregelt in den Vorschriften der §§ 1360 Abs. 3 und 1361. Eine Alimentierung „in der durch die eheliche Lebensgemeinschaft gebotenen Weise" (§ 1360 Abs. 3) ist nur denkbar, solange eine solche besteht. Ist sie aber nicht mehr vorhanden, muß ein anderer Modus der Unterhaltsgewährung Platz greifen. Dieser ist im § 1361 geregelt. Das unterscheidende Merkmal zwischen den beiden Gesetzesstellen wird meist dahin formuliert, daß § 1360 bestimme, in welcher Form der Unterhalt bei einer Ehe mit häuslicher Gemeinschaft zu leisten sei[1]), während § 1361 die Unterhaltsgewährung im Falle der Aufhebung der Hausgemeinschaft erörtere[2]). Diese Formulierung erschöpft aber weder die Anwendungsmöglichkeiten der einen noch die der anderen Bestimmung. Um dies zu erkennen, wie auch zwecks Abgrenzung des Geltungsbereiches der beiden Paragraphen bedarf es zunächst der Klärung der Begriffe der häuslichen Gemeinschaft und des Getrenntlebens.

Die eheliche Lebensgemeinschaft besteht aus einer Reihe von Momenten, die das Wesen der Ehe ausmachen und von denen eins die

---

[15]) Wzki. S. 112ff.; Scheppler S. 15; Schmidt S. 22; Opet § 1360 N. 2; Schöppke S. 22.

[16]) Wzki. S. 94; Schmidt S. 22; Schöppke S. 22.

[17]) Opet S. 87.

[18]) Wzki. S. 94.

[1]) Goldmann-Li. S. 74 III; Lindemann-Sörgel § 1360; Haidlen S. 51; Rocholl S. 94; Schmidt § 1361 N. 1; Arnold S. 16; Scheppler S. 10 u. 16 (Überschrift); Schöppke S. 10 u. 34 (Überschrift).

[2]) vgl. Anm. 6.

häusliche Gemeinschaft ist. Die erstere ist also ein wesentlich weiterer Begriff, der noch andere Pflichten umfaßt, z. B. die Geschlechts- und die geistige Gemeinschaft. Sie ist die Gesamtheit aller unter den obwaltenden Umständen von beiden Gatten gegeneinander zu erfüllenden Rechte und Pflichten, die das Gesetz für die Betätigung rechter ehelicher Gesinnung fordert [3]).

Den Begriff der häuslichen Gemeinschaft gewinnt man am besten, wenn man vom Bedeutungsinhalt seiner Worte ausgeht. Das Wortgebilde „Gemeinschaft" schließt eine Mehrheit von Personen (die Ehegatten) zu einer Einheit zusammen, die durch das Adjektivum „häuslich" näher charakterisiert wird. Unserer Vorstellung bietet sich eine Mehrheit von Räumen dar, in denen sich das Leben der Eheleute konzentriert. Dazu sind diese Räume mit Möbeln und anderen Gegenständen auszustatten und instand zu halten. Häusliche Gemeinschaft ist sonach die Gemeinschaft der Ehegatten in Rücksicht zweckmäßig ausgestatteter Räume, die als Ausgangs- und Mittelpunkt des ehelichen Lebens dienen [4]). Stehen die Räume und die darin befindlichen Gegenstände im unmittelbaren Fremd- oder Eigenbesitz der Ehegatten und ist daher zur Instandhaltung dieses Inbegriffs von Gegenständen ein Inbegriff von Tätigkeiten erforderlich (= Haushalten), so liegt eine Gemeinschaft mit Haushaltungsgemeinschaft vor. Ist dem aber nicht so, lebt z. B. ein Ehepaar bei den Eltern, so halten die Eltern Haus, die Eheleute leben nur räumlich zusammen, gleichwohl aber im Sinne unserer Definition in häuslicher Gemeinschaft [5]).

Einen Gegensatz zur häuslichen Gemeinschaft bildet das Getrenntleben. Daraus gewinnt die herrschende Lehre ihren Begriff, indem sie diesen Tatbestand immer dann als gegeben erachtet, wenn die häusliche Gemeinschaft unter den Eheleuten aufgehoben ist [6]).

Die Gleichstellung des Begriffes „Getrenntleben" mit dem der „Aufhebung der häuslichen Gemeinschaft" begegnet jedoch Schwierigkeiten. Es gibt Fälle, in denen die Hausgemeinschaft aus zwingenden Gründen durch die Ehegatten aufgehoben ist, gleichwohl aber von einer Trennung nicht gesprochen werden kann. Wir prüfen den Begriff der herrschenden Lehre an einem Beispiel: Eine Ehefrau ist gezwungen, Jahr

---

[3]) Wolff S. 100; Mot. Bd. 4 S. 104 f.; Wzki. S. 5; Endemann § 169a, 1; Dernburg § 26 N. 18; Wetzel S. 80 f.; Werner S. 8; RGE. Bd. 87 S. 61; RG. in JW. 1910 S. 807 Nr. 38; RGE. Bd. 53 S. 340.

[4]) vgl. z. Begriffsbildung Jörges S. 73 ff.

[5]) Jörges S. 77; Goldmann-Li. S. 60 N. 3; Planck § 1353 N. 2; Sönning S. 26.

[6]) Staud. § 1361 N. 2a; Planck N. 21; Opet N. 1a; Cosack § 291 III; Haidlen S. 51; Hörle S. 164; Schmidt S. 43.

für Jahr im Krankenhause zu verbringen. Nach Ansicht der Ärzte handelt es sich um ein Siechtum, so daß mit einer Rückkehr kaum gerechnet werden kann. Der gemeinschaftliche Haushalt wird daher aufgelöst. Der Mann leistet jedoch seiner Frau in der Freizeit Gesellschaft, bespricht mit ihr die gemeinsamen und seine eigenen Angelegenheiten und sorgt für ihre persönlichen Bedürfnisse. Eine häusliche Gemeinschaft ist nicht vorhanden, denn einmal deuten die vom Manne getätigten Geschäfte [7]) darauf hin, daß ihre bisherige Form aufgehoben werden sollte. Sie ist aber auch in neuer Form nicht begründet, da keine ihrer beiden Arten (weder die Hausgemeinschaft noch das Zusammenwohnen) verwirklicht ist. Gleichwohl liegt eine Trennung nicht vor, da die Lebensgemeinschaft in dem engen geistigen Konnex der Eheleute fortbesteht; wenn auch jeder Gatte einen Anspruch auf ein leibliches Zusammenleben hat, können gleichwohl Gründe der Sittlichkeit und Gesundheit eine gewisse örtliche Trennung verlangen, ohne damit zugleich die eheliche Lebensgemeinschaft zu zerstören [8]). Fehlt die häusliche, so entfällt damit keineswegs die eheliche Gemeinschaft; sie wird nur eines ihrer Glieder beraubt.

Aus dem zitierten Beispiel ergibt sich:

Erstens: es ist nicht richtig, wenn man den Gegensatz zwischen den Begriffen dahin formuliert: entweder leben die Ehegatten in häuslicher Gemeinschaft oder getrennt. Das angeführte Beispiel widerlegt diese Auffassung; denn obwohl die Ehegatten nicht getrennt leben, besteht dennoch keine häusliche Gemeinschaft unter ihnen. Eine Gegenüberstellung rechtfertigt sich nur insoweit, als man sagen kann: wo häusliche Gemeinschaft, da kein Getrenntleben, und wo Getrenntleben, da Aufhebung der häuslichen Gemeinschaft. Den kontradiktorischen Gegensatz zur Trennung bildet vielmehr die eheliche Lebensgemeinschaft. Richtig ist demnach allein die Formulierung: entweder eheliche Gemeinschaft oder Getrenntleben [9]).

Zweitens: Eine Alimentierung nach § 1360 Abs. 3 kann auch dann in Frage kommen, wenn eine häusliche Gemeinschaft nicht vorhanden ist, sofern nur die eheliche Gemeinschaft noch besteht. Dieser Begriff ist letzten Endes maßgebend für die Anwendungsmöglichkeit der zitierten Bestimmung. Der § 1360 Abs. 3 regelt somit die Unterhaltsgewährung in all den Fällen, in denen die eheliche (nicht nur häusliche)

---

[7]) Kündigung d. Mietvertrages, Verkauf d. Haushaltungsgegenstände, Mieten eines möblierten Zimmers.

[8]) Kohler S. 57; Endemann § 169a; Burmeister S. 34; falsch Schmidt S. 44.

[9]) Richtig Landsberg S. 862, 3; Sönning S. 27; Becker S. 30.

Gemeinschaft vorhanden ist. Nur in dieser Fassung wird sein Geltungsbereich erschöpfend beschrieben.

Auch in ihrer weiteren Durchführung zeigt die herrschende Auffassung unhaltbare Ergebnisse, wenn man die Antwort auf die ihr nunmehr vorzulegende Frage betrachtet: wann ist die häusliche Gemeinschaft aufgehoben? Einig ist man darin, daß eine voraussichtlich bloß vorübergehende Sistierung die Hausgemeinschaft nicht auflöst, daß es sich hier vielmehr nur um ein unterbrochenes Zusammenleben handelt [10]). Dem kann zugestimmt werden, obwohl unseres Erachtens diese Feststellung unwesentlich ist, solange die eheliche Lebensgemeinschaft besteht. Bestritten ist dagegen die Sachlage bei unfreiwilliger Trennung, wo es bisweilen trotz des Willens der beiden Ehegatten zur Fortsetzung der häuslichen Gemeinschaft in Anbetracht der tatsächlichen Verhältnisse sehr zweifelhaft erscheinen kann, ob noch eine solche vorhanden ist (z. B. die Ehefrau verbüßt eine mehrjährige Gefängnisstrafe).

Die Frage ist im Rahmen des § 1571 wiederholt erörtert worden. Es hat sich im Anschluß an die Rechtsprechung des Reichsgerichtes eine Ansicht herausgebildet, die als die herrschende bezeichnet werden kann [11]). „Die Aufhebung der häuslichen Gemeinschaft im Sinne des § 1571 Abs. 2 wird bewirkt durch eine Abwesenheit aus der Ehewohnung, die außerhalb des gewöhnlichen Laufes der Dinge, insbesondere außerhalb der Anforderungen der Berufs- oder sonstigen Geschäfte des abwesenden Gatten erfolgt; mag die Abwesenheit auf freiem Entschluß beruhen oder infolge äußeren Zwanges stattfinden, in letztem Falle nur vorausgesetzt, daß sie nicht unter Umständen erfolgt (namentlich was die Veranlassung, Art und Weise der Ausführung und Dauer betrifft), die sie zur Herbeiführung einer wirklichen Lösung der häuslichen Gemeinschaft im einzelnen Falle nicht geeignet erscheinen lassen [12])."

Diese Definition ist in Verkennung ihres nur begrenzten Geltungsbereiches (nämlich nur für den des § 1571 Abs. 2) ohne weiteres verschiedentlich [13]) für allgemein gültig erklärt worden. Folgt man dieser Ansicht, so muß man nach der gegebenen Begriffsbestimmung zu dem Schluß kommen (der vom RG. in der zitierten Entscheidung auch gezogen wurde [14])), daß durch den außergewöhnlichen Umstand einer zwei-

---

[10]) z. B. ein Künstlerehepaar spielt an verschiedenen Bühnen; der versetzte Beamte lebt infolge Wohnungsmangel fern von seiner Frau.

[11]) RG. Bd. 53 S. 337; RG. in L. Z. 1919 S. 201; Staud. § 1571 N. 3b; Schmidt N. 3b; Opet N. 2; Lindemann-Sörgel § 1571; Arnold S. 18; Sönning S. 26.

[12]) RGE. Bd. 53 S. 337.

[13]) Sönning S. 26; Arnold S. 18; Schmidt S. 43 u. S. 43 N. 2 (Hinweis auf Staud. § 1571); Westenberger S. 23 N. 71.

[14]) Ebenso Schmidt S. 43; Westenberger S. 23.

jährigen Gefängnisstrafe die Hausgemeinschaft aufgehoben wird. Diese Aufhebung der häuslichen Gemeinschaft bedeutet aber, mit der Definition der herrschenden Lehre (Aufhebung der häuslichen Gemeinschaft = Getrenntleben) in die Ausdrucksweise des § 1361 übersetzt, daß die Eheleute „getrennt leben", der Unterhalt also nicht in der Form des § 1360 Abs. 3 zu leisten ist, da dessen Anwendungsmöglichkeit mit der Feststellung eines Falles von Separation ausscheidet. Anderseits aber war [15]) und ist man auch heute noch [16]) sich darin einig, daß die Gewährung des Unterhaltes nach § 1360 Abs. 3 durch die Verbüßung einer Freiheitsstrafe nicht berührt wird. In diesem Widerspruch liegt ein weiterer Mangel der hier bekämpften Auffassung.

Es ist nach einer besseren Definition zu suchen. Richtunggebend wirkt dabei die gewonnene Erkenntnis, daß der Begriff „häusliche Gemeinschaft" weder im Rahmen des § 1360 noch des § 1361 maßgebende Rolle spielt, daß es vielmehr immer die eheliche Gemeinschaft ist, um die es sich handelt. Auszugehen ist vom Sprachgebrauch. Danach müssen wir unter einem getrennten Leben der Ehegatten ein solches verstehen, das jeder allein führt. Inwiefern unterscheidet sich dieser äußere Tatbestand des Alleinlebens bei einer Ehefrau, die ein Krankenhaus aufgesucht hat, und jener, die sich wegen Verfremdung mit dem Gemahl von der gemeinsamen Wohnung fernhält? Das unterscheidende Merkmal ist der Zweck, den der sich entfernende Ehegatte mit der Entfernung zu erreichen gedenkt; im ersten Beispiel, um im Interesse einer weiteren Lebensgemeinschaft Genesung zu suchen, im zweiten, um allein zu sein. Unterscheidend wie entscheidend ist, daß das Alleinleben im letzten Falle dem Wunsche eines Ehegatten entspricht, sich von dem anderen unter Aufgabe der Gemeinschaft fernzuhalten. Also ist nur das Alleinleben um des Alleinseins willen, wenn auch nur von seiten eines Ehegatten, Getrenntleben [17]).

Diese Begriffsbestimmung liefert durch die Betonung der Zwecksetzung brauchbare Ergebnisse: die mehrere Jahre im Gefängnis weilende Ehefrau lebt mit ihrem Manne noch in ehelicher Gemeinschaft, sofern die Eheleute sich als zusammengehörend fühlen und den Willen haben, nach Verbüßung der Strafe wieder zusammenzuleben. Der Unterhalt ist also nach § 1360 Abs. 3 zu gewähren. Sobald aber dieser Wille sich ändert und deutlich hervortritt, liegt Separation vor. Ebenso, wenn die Ehefrau lebenslänglich im Zuchthaus oder wegen unheilbarer Geistes-

---

[15]) Mot. Bd. 4 S. 124; Prot. Bd. 4 S. 111.

[16]) RGKo. § 1360 N. 4; Planck N. 8; Staud. N. 4d; Dernburg S. 128; Haidlen S. 51 N. 2; Hörle S. 162.

[17]) Zum selben Ergebnis auf anderem Wege Jörges S. 96; ders. Ans.. offenbar Kohler S. 58, 3.

krankheit in einer Irrenanstalt inhaftiert ist, die Eheleute aber gleichwohl willens sind, miteinander in ehelicher Gemeinschaft zu leben; denn hier ist der Wille auf etwas Unmögliches gerichtet[18]) und kann daher rechtlich auch nicht in Betracht kommen.

Ergebnis: Der § 1360 Abs. 3 kommt so lange zur Anwendung, als die eheliche Lebensgemeinschaft in ihren noch möglichen Beziehungen (also auch ohne häusliche Gemeinschaft) unter den Ehegatten besteht. § 1361 regelt die Unterhaltsgewährung für den Fall der Trennung, der dann vorliegt, wenn das Alleinleben um des Alleinseins willen, wenn auch nur auf seiten eines Ehegatten, geschieht.

§ 7.

Geldansprüche bei bestehender ehelicher Lebensgemeinschaft.

Die Art der Unterhaltsgewährung für den Fall des § 1361 zu regeln, konnte dem Gesetzgeber keine Schwierigkeit bereiten. In Anbetracht der unter den Ehegatten bestehenden Verfremdung ist eine Alimentierung in Geld wegen ihres sachlichen und unpersönlichen Charakters das gegebene. Anders liegen die Verhältnisse, wo die eheliche Lebensgemeinschaft noch in vollem Umfange unter den Eheleuten besteht. Die tausendfältigen, intimen Beziehungen des ehelichen Lebens verlangen gerade bei der Art der Unterhaltsleistung Berücksichtigung in vollem Umfang. Jede Fassung des Gesetzes, die ihnen nicht Rechnung trug, war verfehlt. Da es aber nicht möglich war, den Modus der Unterhaltsgewährung für den Einzelfall genau zu fixieren, blieb nichts anderes übrig, als die Art der Unterhaltsleistung in einem allgemein umschreibenden Begriff festzulegen, der neutral genug war, für alle Ehen zu passen und dennoch die individuellen Verhältnisse jeder einzelnen Ehe in umfassendem Maße und rechtlich beachtenswerter Weise berücksichtigte. Es lag nahe, daß sich der Gesetzgeber dabei jener Stelle des Gesetzes entsann, wo er schon einmal, eine ins einzelne gehende Aufzählung vermeidend, sich in das Reich allgemeiner Begriffe geflüchtet hatte, nämlich des § 1353, in welchem er die vielfältigen, aus der ehelichen Verbindung sich ergebenden Pflichten summierend in dem Postulat ehelicher Lebensgemeinschaft zusammenfaßte[1]). So heißt es auch hier: „Der Unterhalt ist in der durch die eheliche Lebensgemeinschaft ge-

[18]) And. Ans. Jörges S. 95.
[1]) vgl. § 1.

botenen Weise zu gewähren." Diese Formulierung gibt die Möglichkeit, für die Art der Unterhaltsgewährung den besonderen Verhältnissen des konkreten Falles weitgehendst Rechnung zu tragen.

Der Schwierigkeit, welche die Fassung des Gesetzestextes für den Modus der Unterhaltsgewährung des § 1360 bot, hat man vielfach kein Verständnis entgegengebracht. Man verglich zwar [2]) den Wortlaut des § 1361 mit dem des § 1360 und glaubte bei Gegenüberstellung der beiden Bestimmungen in Anbetracht der unterschiedlichen Ausdrucksweise, insbesondere des Fehlens des Wortes „Geld" im § 1360 feststellen zu können, daß nur für den Fall des Getrenntlebens in Geld alimentiert werden müsse, nicht dagegen, solange die eheliche Gemeinschaft noch vorhanden sei. Während ihres Bestehens habe die Frau nur darauf Anspruch, daß ihr der Unterhalt in natura gereicht würde [3]). Eine andere Art der Alimentierung zu bestimmen sei lediglich dem Entscheidungsrecht des Mannes anheimgestellt [4]). Ein Unterhaltsanspruch der Ehefrau auf Geld kann einer so verstandenen Alimentationslast nicht entspringen.

Richtig an dieser Auffassung ist nur folgendes: Es ist möglich, daß in manchen Ehen der Mann seiner Unterstützungspflicht dadurch in vollem Maße genügt, daß er seiner Frau nur Naturalien gewährt. Man vergegenwärtige sich nur die Verhältnisse in Gegenden mit ländlichem Charakter. Der Mann nimmt seine Frau in sein Haus auf und gewährt ihr so Wohnung. Das Leinen, aus dem die Kleider hergestellt werden, wird selbst gewebt; die Wolle selbst gewonnen. Lebensmittel liefert der Hof. Hier empfängt die Frau nur Naturalien und ihren Bedürfnissen (Wohnung, Kleidung, Speise) ist damit vollkommen Genüge getan. Da der Lebensbedarf gedeckt ist, bleibt für einen Geldanspruch kein Raum; denn der Unterhaltsanspruch umfaßt zwar den gesamten Lebensbedarf, aber auch nicht mehr, und die Art und Weise der Gewährung in Form von Naturalien entspricht dieser Lebensgemeinschaft. Das Recht der Frau, den Unterhalt in der durch die eheliche Gemeinschaft gebotenen Form zu verlangen, erschöpft sich in der Verpflichtung des Mannes, ihn in dieser Gestalt zu gewähren, d. h., jedem anders gearteten Anspruch der Frau ist damit die rechtliche Grundlage entzogen. Auch in weniger primitiven Verhältnissen ist solcher Modus der Unterhaltsgewährung möglich. Man berücksichtige einmal den Fall, daß die Ehefrau auf mehrere Jahre bettlägerig krank ist. Der Mann ist gezwungen, das Essen aus einem Gasthof holen zu lassen, die Klei-

---

[2]) Schmidt § 1360 N. 5; Türke N. 8.

[3]) Schmidt § 1360 N. 5; Türke N. 8; Jacobi S. 59; Mitteis S. 22 V; Simeon Bd. 1, 2 S. 317; Meyer S. 194.

[4]) Burmeister S. 27; Türke § 1360 N. 8.

dung der Frau, soweit sie überhaupt in Frage kommt, wird vom Manne beschafft werden müssen, Bücher und andere geistige Unterhaltung sind von ihm zu besorgen. Auch hier sind die Interessen der Frau durch das Gewähren von Naturalleistungen hinreichend gewahrt. Ein Geldanspruch würde auch in diesem Beispiel aus den bereits erwähnten Gesichtspunkten nicht in Frage kommen.

Solche Verhältnisse werden aber immerhin als Ausnahmen anzusprechen sein. Es darf und kann nicht verkannt werden, daß die bei weitem größte Zahl der Eheleute unter anderen Umständen lebt und daß von der Alimentierung in Form von Naturalien bei der emanzipierten Stellung, die die Frau heute einnimmt (RV. Art. 109), und dem verfeinerten Lebensbedürfnis nichts anderes übrig bleibt als die Gewährung der Wohnung [5]), während alle anderen Ansprüche durch Geld befriedigt werden. Es ist aber falsch, wenn behauptet wird, daß diese tatsächliche Gestaltung des ehelichen Lebens lediglich auf dem ehemännlichen Entscheidungsrecht beruhe, kraft dessen der Mann diese gemischte Art der Alimentierung in den meisten Ehen bestimme. Die Ehefrau ist vielmehr auf Grund des § 1360 Abs. 3 berechtigt, eine Alimentierung in Geld zu beanspruchen.

Die hier bekämpfte Auffassung beruht auf der falschen Identifizierung der Begriffe „Naturalleistung" und „Unterhaltsgewährung in der durch die eheliche Lebensgemeinschaft gebotenen Weise".

Beide Begriffe haben jedoch miteinander nichts zu tun [6]). Was wollte das Gesetz zum Ausdruck bringen, wenn es sagte, daß der Unterhalt in der durch die eheliche Lebensgemeinschaft gebotenen Form zu leisten sei? Die Ausgestaltung des Ehelebens ist an sich eine das gemeinschaftliche eheliche Leben betreffende Angelegenheit, über die dem Manne gemäß § 1354 Abs. 1 das Entscheidungsrecht zusteht. Indem aber das Gesetz für den Modus der Unterhaltsgewährung die eheliche Lebensgemeinschaft als maßgebend erachtet, nimmt es damit dem Manne die Entscheidung über die Art (nicht den Umfang) der Alimentierung [7]). Hier „gebietet" nicht der Mann, sondern die eheliche Gemeinschaft, und daher ist in der durch sie, nicht aber in der durch das Entscheidungsrecht des Mannes „gebotenen" Weise Unterhalt zu leisten. Mit Recht hat sich das Gesetz diese Auffassung zu eigen gemacht; denn nirgends könnte der Mann, wäre es anders, seine Macht die Frau tagtäglich deutlicher und mißstimmender fühlen lassen (ohne daß gleich von einem Mißbrauch gesprochen werden könnte), als in den kleinen Darreichungen,

---

[5]) Westenberger S. 21.

[6]) Schmidt S. 15; Lotz S. 33; Becker S. 25; OLGE. Bd. 2 S. 75, Bd. 2 S. 331; and. A. anscheinend Bock S. 46.

[7]) And. A. Wzki. S. 73 N. 20; Schmidt S. 16.

die das tägliche Leben fordert. Hier eröffnete sich eine Gefahr, in der jede in ihrem Bestande schon erschütterte Ehe völlig zusammenbrechen konnte. Durch die gewählte Fassung sollte daher zum Ausdruck gebracht werden, daß maßgebend für die Art der Alimentierung dasjenige ist, was die eheliche Gemeinschaft als solche für angemessen gelten läßt, so daß man der Bestimmung des § 1612 entraten konnte [8]). Das entscheidende Wort für die Art der Unterhaltsleistung spricht also nicht der parteiische Mann, sondern der neutrale Geist rechter ehelicher Gesinnung.

Der Bedeutungsinhalt der beiden Begriffe bewegt sich also auf ganz verschiedenem Gebiete. Es ist daher ein willkürliches Verkennen, ja Übergehen des Wortlautes im § 1360 Abs. 3, daraus entnehmen zu wollen, daß grundsätzlich (d. h. wenn der Mann gemäß § 1354 nichts anderes bestimmt) nur in natura zu alimentieren sei und die Frau daher keinen Anspruch auf Geld habe. Es war weder die Absicht des Gesetzes, dies etwa zum Ausdruck zu bringen, noch kann es irgendwie der vorliegenden Fassung entnommen werden [9]). Ebensowenig läßt sich aus § 1361 ableiten, daß nur in dem dort behandelten Fall der Unterhalt in einer Geldrente zu gewähren ist [10]).

Der Begriff der Naturalleistung bleibt also am besten ganz außer Anwendung. Will man für die Art der Alimentierung durchaus einen Normalfall fixieren (und diesem Bestreben ist offenbar der zu Mißverständnissen Anlaß gebende Begriff [11]) entsprungen), so sagt man besser, daß die Lebensbeziehungen der Ehegatten regelmäßig ihren sinnigsten Ausdruck in einer Unterhaltsgewährung durch Teilnahme am ehelichen Haushalt finden; denn es entspricht dem Wesen eines normalen Ehelebens, daß die Ehegatten im gemeinsamen Hausstand mit gemeinsamer Wirtschaft leben. Zugleich ergibt sich daraus [12]), daß der Mann seiner Verpflichtung der Frau gegenüber in der Regel genügt, wenn er dafür sorgt, daß sie in dem gemeinsamen Haushalt ihren Unterhalt empfangen kann. Es besteht für ihn regelmäßig keine Verpflichtung, ihr den Unterhalt durch Entrichten einer Geldrente zu gewähren, um sie so in den Stand zu setzen, außerhalb der Ehewohnung zu leben [12]). Auch würde eine Vereinbarung, daß während der ehelichen Gemeinschaft in Form einer Geldrente zu alimentieren sei, dem Wesen der Ehe zuwiderlaufen und daher nichtig sein [13]).

---

[8]) Planck § 1360 N. 12; Lotz S. 33; OLGE. Bd. 2 S. 385.
[9]) Görke S. 11; OLGE. Bd. 2 S. 331.
[10]) Dernburg S. 128 N. 11; Warneyer § 1360 N. III; OLGE. Bd. 2 S. 75.
[11]) And. A. Staud. § 1360 N. 4d.
[12]) RGKo. § 1360 N. 8.
[13]) RGE. Bd. 61 S. 53; RG. in JW. 1905 S. 435.

Im übrigen aber hat man durch die allgemeine Formulierung des Gesetzestextes es vermeiden wollen, in die Gestaltung der Unterhaltspflicht durch Einzelvorschriften einzugreifen. Daraus erhellt des weiteren die Abwegigkeit der Ansicht, die hier, dem offensichtlichen Bestreben des Gesetzgebers zuwider spezialisierend und für alle Fälle gleichmäßig entscheidend, eine Gewährung in natura fordert. Der § 1360 Abs. 3 ist dahin aufzufassen, daß die Ehegatten, wie sie sich für gute und schlechte Tage verbunden haben, so auch den Unterhalt in der Form leisten müssen, wie es nach der gegenwärtigen Lage der ehelichen Gemeinschaft erforderlich ist[14]). Durch diesen Hinweis auf die Lage des einzelnen Falles hat das Gesetz eine Alimentierung in Geld je nach Gelegenheit und Gegenstand geradezu gefordert[15]). Die Frau hat einen Anspruch darauf, in Geld unterhalten zu werden, wenn und soweit es die Lebensgemeinschaft gebietet. Ja, die Gestaltung, die sie im konkreten Falle annimmt, kann dazu führen, daß der gesamte Unterhalt ausschließlich in Form einer Geldrente (ähnlich der des § 1361) zu bieten ist[16]). Der in § 1360 Abs. 3 enthaltene Rechtsgedanke gibt durch Aufstellung des allgemein umschreibenden Begriffes „eheliche Lebensgemeinschaft" auszuwählendes Recht, d. h. die Rechtsfolgen bestimmen sich nach Lage des Einzelfalles, nicht geformtes, bei dem die Rechtsfolgen schon von vornherein festgelegt sind[17]).

An einem Beispiel mag das erörtert werden: Der Mann ist Ingenieur und wird von einer Gesellschaft beauftragt, die Bauleitung eines Tunnels in den Alpen zu übernehmen. Zu diesem Zweck werden an Ort und Stelle Baracken für das technische Büro aufgeschlagen. Der Mann ist vertraglich verpflichtet, Tag und Nacht dort zu weilen, um ständig den Bau überprüfen zu können. Es ist klar, daß die Frau unter diesen Verhältnissen mit ihrem Manne nicht zusammen wohnen kann. Wollte der Ehemann es verlangen, würde er sich eines Mißbrauches seines Entscheidungsrechtes schuldig machen. Die Frau braucht daher ihrem Manne nicht zu folgen (§ 1354 Abs. 2). Da jedoch die Eheleute den Willen haben, nach Ablauf des Vertrages wieder im gemeinsamen Haushalt zu leben, kann von einer Trennung nicht gesprochen werden, und der Unterhalt ist daher nach § 1360 Abs. 3 zu gewähren. Und zwar in Geld; denn unter diesen Umständen ist es allein die durch die eheliche Gemeinschaft gebotene Art, und der Mann ist daher verpflichtet, seine Frau so und nicht anders zu alimentieren. Gibt es doch Bedürfnisse, die der Mann bei der bestehenden Entfernung überhaupt nicht durch

---

[14]) OLGE. Bd. 12 S. 301.
[15]) Jörges S. 90.
[16]) Neustadt S. 333; Arnold S. 20; OLGE. Bd. 7 S. 45.
[17]) Jörges S. 90.

Leistung in natura befriedigen kann. Wo will er auf seiner entlegenen Station die modische Kleidung für seine Frau hernehmen, auf die sie einen Anspruch hat; wie ihr den Besuch von Theatern und Konzerten ermöglichen, der zu ihrem Lebensbedarf gehört? Doch ist man sich darin einig, daß sowohl die Unterhaltspflicht an sich wie auch insbesondere deren Umfang durch die vorübergehende Trennung nicht berührt wird. Der Mann kann sich daher unter den gesetzten Voraussetzungen seiner Verpflichtung nur durch eine Geldalimentation entledigen. Indem aber das Gesetz im § 1360 Abs. 3 die Rechtsfolgen von den jeweiligen Umständen abhängig macht, verleiht es der Frau damit auf dieses Geld einen Rechtsanspruch.

Noch eklatanter liegt der Fall, wenn die Ehefrau gezwungen ist, aus Gesundheitsrücksichten ein Bad aufzusuchen[18]). Dieser Unterhalt ist aus gleichen Gründen wie im vorigen Beispiel nach § 1360 Abs. 3 zu gewähren, d. h. in Anbetracht der Verhältnisse in Geld. Eine andere Erfüllung des Anspruches ist auch hier nicht möglich; denn die verschiedenen vom Arzt zur Herstellung der Gesundheit vorgeschriebenen Lebensbetätigungen kann der Mann seiner Frau nicht bieten, da die dafür erforderlichen Einrichtungen (Bäder, Brunnen, Salinen) nur an Ort und Stelle und meist nur gegen sofortige Entrichtung eines Geldbetrages zugänglich sind[19]). Die Alimentierung in Geld ist die einzige Form, in der der Mann seiner Unterstützungspflicht nachkommen kann. Indem das Gesetz auf die konkrete Gestaltung der ehelichen Lebensgemeinschaft verweist, verlangt es damit, daß der Mann mit Rücksicht auf die Entfernung und die dadurch hervorgerufene selbständige Lebensführung seiner Frau einen Geldbetrag sendet, mit dem sie ihr Leben entsprechend den Verhältnissen ihres Mannes nach ihren eigenen Wünschen und den Weisungen des Arztes einrichten kann.

So ließe sich noch eine Reihe von Beispielen bilden, an denen die Unhaltbarkeit der Auffassung, daß in § 1360 Abs. 3 nur eine Gewährung in natura gemeint sei, sich dartun ließe. Es braucht sich nicht immer um eine gewisse örtliche Entfernung zu handeln, um einen Rechtsanspruch der Frau auf Geld aus § 1360 Abs. 3 herzuleiten. Er ist vielmehr stets gegeben in jeder Ehe, wie sie auch immer gestaltet sein mag. Nicht allein dann kann der Mann auf Unterhaltsgewährung durch Entrichten einer Geldrente verklagt werden, wenn er seiner Frau die zur Führung des gemeinschaftlichen Haushaltes erforderlichen Mittel nicht

---

[18]) Mot. Bd. 4 S. 124.

[19]) Goldmann-Li. S. 74 N. 9; Kohler S. 69; Dernburg S. 128; Hörle S. 162; Haidlen S. 51 N. 2.

gewährt [20]). Vielmehr verlangt das Einzelleben des Menschen, insbesondere der Frau, immer in gewissem Umfang eine Alimentierung in Geld [21]). Die Ehe ist zwar die innigste Verbindung zweier Menschen und bringt als solche eine weitgehende Gemeinsamkeit der Gedanken und Empfindungen mit sich. Gleichwohl gibt es aber auch in der besten Ehe eine Eigensphäre eines jeden Gatten, die seine ureigensten Wünsche und Gefühle birgt; diese, oft fruchtbarer Boden für charaktervolle Lebensgestaltung, gilt es zu schonen. Darauf hat jeder Gatte ein Recht erhalten, indem die eheliche Lebensgemeinschaft bestimmend auf die Art der Unterhaltsgewährung einwirkt. Echte Gemeinschaft verlangt aber schonungsvolle Rücksichtnahme.

Auch ist eine reine Naturalalimentation mit der Stellung der Frau als Leiterin des Hauswesens schlechthin unvereinbarlich. Es kann ihr nicht zugemutet werden, im Rahmen der Schlüsselgewalt stets Schulden auf den Namen des Mannes zu machen. Eine derartig weitgehende Beaufsichtigung auf diesem ursprünglichsten Tätigkeitsfelde der Frau muß sie in den Augen der Umwelt als unfähig erscheinen lassen, solche Geschäfte mit Geschick und Treue vorzunehmen, und daher ihr Ansehen in einer nicht zu billigenden Weise herabsetzen. Das Verlangen des Mannes, daß alle Haushaltungsbedürfnisse auf Kredit befriedigt und die Rechnungen ihm zur Begleichung vorgelegt werden sollen, erscheint nur als berechtigt, wenn das Verfahren mit Rücksicht auf die unordentliche Geschäftsführung der Frau geboten ist [22]). Im übrigen entspricht es der Würde der Ehefrau als Hausverweserin, daß ihr ein hinreichender Geldbetrag zur freien Verfügung im Bereiche ihres hausfraulichen Wirkungskreises gewährt wird.

Zu welchen Widersprüchen mit dem Gesetz die Ansicht führt [23]), der Mann bestimme gemäß § 1354 Abs. 1 die Art der Alimentierung sei noch kurz dargetan. Danach steht dem Manne das Bestimmungsrecht darüber zu, inwieweit der Unterhalt unmittelbar in Natur oder mittelbar in Geld zu gewähren ist [24]). Benötigt also die Frau ein neues Kleid, so kann der Mann wählen, ob er ihr Kleidungsstücke geben will oder Geld zur Anschaffung derselben [25]). Entscheidet er sich für das erste, so bestimmt er damit, welche Kleider seine Frau zu tragen hat. In Verfolg dieser Auffassung ergibt sich somit für den Mann die Möglich-

---

[20]) RGKo. § 1360 N. 8; Dernburg S. 128 N. 11; Schmidt S. 16; OLGE. Bd. 2 S. 385.
[21]) Kohler S. 68, 4.
[22]) Endemann § 169 b, 3.
[23]) Wzki. S. 73; Burmeister S. 27; Schmidt S. 16.
[24]) Wzki. S. 73 N. 20c; Sönning S. 43.
[25]) Burmeister S. 27.

keit, Entscheidungen auch in Angelegenheiten zu treffen, die das gemeinschaftliche Leben nicht berühren. Das steht aber in Widerspruch zu den Absichten, die den Gesetzgeber zu der Fassung des § 1354 bestimmten [26]). Es sollte durch die gewählte Formulierung das Entscheidungsrecht des Mannes gerade auf die gemeinschaftlichen Angelegenheiten und nur, soweit diese das Eheleben berühren, beschränkt werden; nur so kann die Betonung der das „gemeinschaftliche" „eheliche" Leben betreffenden Angelegenheiten verstanden werden. Damit scheidet das Bestimmungsrecht des Mannes über die Kleidung der Frau als eine rein persönliche Sache aus [27]). Es ist daher nicht richtig, wenn behauptet wird, daß der Unterhaltsanspruch der Frau durch das Entscheidungsrecht des Mannes über die Art der Gewährung begrenzt werde. Das würde zu einer unerträglichen Bevormundung führen, die von der Rechtsordnung nicht gewollt sein kann. Es ergibt sich vielmehr mit Klarheit aus dem Wortlaut des Gesetzes, daß über die Art und Weise der Alimentierung die eheliche Lebensgemeinschaft gebietet.

Die Unhaltbarkeit der hier bekämpften Auffassung ist damit zur Genüge dargetan [28]). Der § 1360 Abs. 3 will nichts weiter besagen, als daß der Unterhalt in der Form zu gewähren ist, wie es die eheliche Gemeinschaft nach Lage des Einzelfalles geboten erscheinen läßt. Durch den Hinweis auf die individuellen Verhältnisse der Eheleute ist der Rechtsanspruch der Frau auf Geld vom Gesetz in vollem Umfang anerkannt. Ob diese Geldleistung durch Entrichten einer Rente oder durch einmalige Zahlung zu erfolgen hat, hängt von den Umständen ab [29]). Allgemein wird man davon ausgehen dürfen, daß die Frau den Mann nicht bei jeder Gelegenheit, in der sie Geld benötigt, erst darum zu bitten braucht. Vielmehr kann sie verlangen, daß ihr ein gewisses Fixum ausgehändigt wird, dessen Höhe sich nach den gesamten Lebensverhältnissen der Eheleute bestimmt. Auf die Entrichtung solcher Rente findet § 760 keine Anwendung [30]).

---

[26]) vgl. Mot. Bd. 4 S. 105.

[27]) Dernburg S. 113; Mitteis S. 22; Staud. § 1354 N. 1; Crome S. 231 N. 12; Wolff S. 103; Jörges S. 43; vgl. RGE. Bd. 87 S. 58 und Bd. 59 S. 258.

[28]) Im Ergebnis zustimmend Staud. § 1360 N. 4d; Opet N. 6; Warneyer N. III; Neumann N. 4a; Crome S. 233 N. 34; Endemann § 169b, 3; Wzki. S. 73; Kohler S. 68; Haidlen S. 51 N. 2; Wolff S. 106; Dernburg S. 127; Hörle S. 162; Görke S. 10; Scheppler S. 16; Arnold S. 20; Neustadt S. 333.

[29]) Opet § 1360 N. 6; Schmidt S. 17.

[30]) Jörges S. 90; Scheppler S. 16; Opet § 1360 N. 6; Schmidt S. 17; Görke S. 11; Westenberger S. 23.

Dieser Rechtslage entspricht auch die tatsächliche Gestaltung, die das Eheleben gegenwärtig erfährt. Gewöhnlich erhält die Frau vom Manne ein Wirtschaftsgeld, um damit gemäß der ihr im § 1357 eingeräumten Befugnisse die Kosten des gemeinsamen Unterhaltes zu bezahlen. So besorgt sie als Leiterin des Hauswesens kraft ihrer Schlüsselgewalt die erforderlichen Lebensmittel selbst, kann ihre Kleidung ganz nach ihrem Geschmack kaufen und ihre geistigen Bedürfnisse in der ihr zusagenden Form befriedigen. Nur eine solche Art der Alimentierung verbürgt eine volle Entwicklung der individuellen Fähigkeiten und führt zu einer beiderseits harmonisch empfundenen Lebensgemeinschaft.

Daß die hier vertretene Auffassung vom Gesetzgeber in vollem Umfang geteilt wird, ergibt sich aus einer Betrachtung der Entstehungsgeschichte [31]) der in Rede stehenden Vorschriften. Schon in den Motiven [32]) findet sich die Wendung, daß der Unterhalt in der durch die eheliche Lebensgemeinschaft gebotenen Weise zu leisten ist. Gleichzeitig wird dort aber hervorgehoben, daß zum Unterhalt auch die Verpflegung in einem Krankenhaus eund die Beköstigung in einem Gefängnis gehöre. Dieser Unterhaltspflicht kann der Mann aber nur, wie bereits gezeigt, durch Entrichten einer Geldrente genügen. Daraus ergibt sich unzweifelhaft, daß nach der Auffassung der Motive die durch die eheliche Gemeinschaft gebotene Form nicht ausschließlich Naturalleistung sein kann. Auch die Protokolle [33]) vertreten diesen Standpunkt. Eine allgemeine Vorschrift, die dem § 1361 entspräche, fand sich in den Motiven nicht. Eine ähnliche, aber spezielle Bestimmung stand vielmehr in einem späteren Abschnitt (§ 1460 E. I), der die Wirkungen der Trennung von Tisch und Bett behandelte. Als man diese Institution größtenteils fallen ließ, wurde die Bestimmung des § 1460 E. I im wesentlichen den Vorschriften über die „Wirkungen der Ehe im allgemeinen" als § 1281 a eingereiht, worauf dann die §§ 1280, 1281 E. I zu einem einem einzigen Paragraphen, dem jetzigen § 1360, zusammengefaßt wurden. Gelegentlich der Beratung dieser Verschiebung wurde geltend gemacht, es könnte bei Einführung dieser Vorschrift das Mißverständnis entstehen, als solle in allen anderen Fällen, wenn sich z. B. die Frau im Irrenhause befände oder im Gefängnis sitze, eine andere Beurteilung eintreten [33]), d. h., als solle nur im Falle des § 1281 a des Entwurfes (jetzt § 1361) eine Geldrente gefordert werden dürfen. Man

---

[31]) vgl. Bock S. 18ff.; David S. 187; Lotz S. 34ff.; OLGE. Bd. 2 S. 75.

[32]) Mot. Bd. 4 S. 123.

[33]) Prot. Bd. 4 S. 109—111.

wies jedoch darauf hin, daß bereits aus der Fassung der §§ 1280, 1281 des Entwurfes sich ableiten lasse, daß evtl. der Unterhalt in Form einer Geldrente zu gewähren sei. Wenn man es trotzdem bei der eingefügten Bestimmung beließ, so tat man das aus der Erwägung heraus, daß es bei der Wichtigkeit des Falles und den gerade hier häufigen Streitigkeiten geboten sei, das Verhältnis im Gesetz eingehend zu erörtern [33]).

Auch die Rechtsprechung [34]) hat, den Bedürfnissen des praktischen Lebens Rechnung tragend, in zahlreichen Entscheidungen hoher Gerichtshöfe sich dahin ausgesprochen, daß die durch die eheliche Gemeinschaft gebotene Form nicht ausschließlich Naturalleistung sein könne, vielmehr ein Rechtsanspruch der Frau auf Geld nach § 1360 Abs. 3 anzuerkennen sei.

Das Begehren der Frau nach Unterhaltsgewährung gemäß § 1360 Abs. 3 kann begrifflich nur auf Geld gerichtet sein, wenn es im Rahmen des § 1613 geltend gemacht wird. Bei der Anwendung dieser Bestimmung auf den § 1360 ergibt sich eine Besonderheit, die durch die verschiedene Möglichkeit der Alimentierung in Abs. 3 bedingt ist.

Die Unterstützungspflicht besteht inhaltlich nicht allein in der bloßen Verpflichtung, bestimmte Vermögenswerte zu übertragen, vielmehr ist ihr Zweck, die Fürsorge für die Erhaltung der Existenz des Berechtigten [35]), in einem solchen Maße Inhalt dieses Schuldverhältnisses, daß von einer Unterhaltsgewährung begrifflich nur gesprochen werden kann, wo sich diese auf die Gegenwart und Zukunft erstreckt. Es liegt in der Natur der Sache, daß die Lebensbedürfnisse, die man in der Vergangenheit empfunden hat, unmöglich in der Gegenwart befriedigt werden können [36]). Jede Nachgewährung würde daher für den Berechtigten nur reiner Vermögenszuwachs sein, aber keine vom Fürsorgezweck beherrschte Unterhaltsleistung darstellen [37]). Erfüllung oder Schadensersatz wegen unterbliebener oder verzögerter Erfüllung kann daher grundsätzlich für die Vergangenheit nicht verlangt werden. Wenn das Gesetz gleichwohl die Geltendmachung dieser Ansprüche in beschränktem Maße zuläßt (§§ 1360 Abs. 3, 1613), so geschieht dies aus der Erkenntnis heraus, daß man mit dem völligen Ausschluß solcher Nachforderungen auf die Nichteinhaltung der Verbindlichkeit geradezu eine

---

[34]) RG. in JW. 1905 S. 203, in L. Z. 1918 S. 1338 (Recht 1918 Nr. 1378; Warn. 1918 Nr. 210); OLGE. Bd. 2 S. 75, 331, 385, Bd. 7 S. 45, Bd. 12 S. 301; OLG. im Recht 1904 S. 140, 1902 S. 20 u. 533; OLG. in Seuffert Bd. 61 S. 322.

[35]) Mot. Bd. 4 S. 705; Prot. Bd. 4 S. 497.

[36]) Kohler S. 363; Schmidt § 1360 N. 7b; Schmidt S. 31.

[37]) Opet S. 96ff.; Wzki. S. 101ff.; Westenberger S. 45.

Prämie setzen und die Kreditwürdigkeit des in Not befindlichen Fürsorgeberechtigten in Frage stellen würde [38]).

Voraussetzung für diesen Geldanspruch der Frau ist der Verzug des Verpflichteten (§ 284). Mit der Existenz der in § 1360 Abs. 1 aufgestellten Voraussetzungen ist auch die Fälligkeit der einzelnen Leistungen gegeben. Es wird daher in der Regel [39]) nur noch einer Mahnung bedürfen, um den Verzug des Schuldners herbeizuführen, sofern die Leistung nicht infolge eines Umstandes unterbleibt, den er nicht zu vertreten hat (§ 285). Um aber auch in dem Falle, wo die Frau sich ernstlich um die Erlangung ihres Unterhaltes bemüht hat und ihr allein wegen eines in der Person des Mannes, meist außerhalb ihres Machtbereiches liegenden Umstandes infolge des § 285 der Erfolg versagt bleibt, der Fürsorgeberechtigten den Anspruch auf die Leistung zu erhalten, ist im § 1613 der Inverzugsetzung die Rechtshängigkeit des Anspruchs gleichgestellt.

Das Unterstützungsbegehren kann, soweit es auf die Vergangenheit gerichtet ist, grundsätzlich entweder auf Erfüllung oder Schadensersatz wegen Nichterfüllung gehen (§ 1613). Im Falle des § 1360 Abs. 3 ist diese Wahl jedoch nicht immer möglich [40]). Wir haben erkannt, daß die im § 1360 Abs. 3 fixierte Art der Alimentierung sowohl auf seine Unterhaltsgewährung durch Teilnahme am ehelichen Haushalt als auch auf eine solche in Form von Geld abzielt. Es ist daher zu scheiden:

Soweit sich der Anspruch auf eine Alimentierung durch Teilnahme am ehelichen Haushalt richtet, ist eine Geltendmachung für die Vergangenheit als Erfüllungsanspruch begrifflich ausgeschlossen. Wie es undenkbar ist, die gestörte eheliche Gemeinschaft für die verflossene Zeit wiederherzustellen, so ist es auch unmöglich, Unterhaltsleistungen dieser Art nachzuholen [41]). Der Anspruch kann daher nur auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung gerichtet sein und das Recht der Frau aus § 1613 erschöpft sich darin [42]). Dabei gelten die allgemeinen Vorschriften der §§ 275 ff. über die nach Entstehung des Schuldverhältnisses eintretende Unmöglichkeit der Erfüllung mit der Modifizierung des § 1359.

Sofern der Anspruch auf Geld geht, bleibt eine Nachleistung immer möglich, und es ist daher hier Gelegenheit, ihn in beiden Formen

---

[38]) Opet S. 97; Scheppler S. 7; Sönning S. 70; Westenberger S. 45.

[39]) Für § 1361 gilt: dies interpellat pro homine.

[40]) Nicht richtig Opet S. 97.

[41]) Wzki. S. 105.

[42]) Sönning S. 71; Scheppler S. 7; Burmeister S. 28; Westenberger S. 47.

geltend zu machen [43]). Im Falle des Verzuges geht der Anspruch der Frau an sich auf Nachlieferung der rückständigen Leistung und Ersatz des durch die Verzögerung entstandenen Schadens [44]). Dabei umfaßt der Schaden namentlich diejenigen Schuldverbindlichkeiten, die sie wegen des Verzuges zur Fristung ihrer Existenz eingehen mußte, sofern der Betrag jener Schulden die nachzufordernden Bezüge übersteigt [45]). Hat aber die Nachleistung für die Frau kein Interesse, so kann Schadensersatz wegen Nichterfüllung gefordert werden (§ 286 Abs. 2).

In beiden Fällen ist jedoch der von der Frau erhobene Anspruch immer auf Geld gerichtet.

§ 8.

Geldansprüche bei berechtigtem Getrenntleben.

Eine Alimentierung in der durch die eheliche Lebensgemeinschaft gebotenen Weise ist begrifflich nur möglich, solange die Gemeinschaft besteht. Ist sie aufgehoben, muß eine andere Art der Unterhaltsgewährung Platz greifen. Diesem Erfordernis hat das Gesetz, soweit der Staat einen solchen Zustand der Trennung überhaupt billigen konnte, Rechnung getragen und eine den Verhältnissen entsprechende Art der Alimentierung in Geld in § 1361 angeordnet, dessen Vorschriften sich teils auf den Modus der Unterhaltsgewährung (Abs. 1), teils auf die Pflicht selbst beziehen (Abs. 2). Dieser Geldanspruch der Frau besteht unter folgenden Voraussetzungen:

1. Erforderlich ist die rein tatsächliche [1]), den Bestand der Ehe an sich nicht berührende Trennung, ohne daß etwa das rechtliche Band der Ehe im Wege der Scheidung durch Richterspruch gelöst oder die Aufhebung der Gemeinschaft nach § 1571 erfolgt ist [2]).

2. Die Berechtigung zur Verweigerung der ehelichen Gemeinschaft ergibt sich aus der Vorschrift des § 1353 Abs. 2 Satz 1 u. 2. Ihr Verhältnis zueinander ist dahin zu bestimmen, daß der Tatbestand, der das Herstellungsverlangen als Rechtsmißbrauch erscheinen läßt, kein

---

[43]) Diese Wahl besteht im § 1361 immer.
[44]) RGKo. § 1613 N. 1; Sönning S. 71.
[45]) Sönning S. 71.
[1]) Planck § 1361 N. 1; Schmidt N. 2; RGKo. N. 1; Meißner N. 1; Endemann § 169a, 2.
[2]) So Becker S. 30.

Scheidungsgrund sein muß [3]). Anderseits kommt es nicht darauf an, daß, falls die Ehefrau das Recht hat, die Lösung der Ehe herbeizuführen, sich das Begehren des Mannes nach Herstellung der Gemeinschaft als Mißbrauch seines Rechtes darstellt. Ist es das aber zugleich, so wird, wenn das Recht auf Scheidung erloschen und das darauf begründete Verweigerungsrecht damit entfallen ist, die Berechtigung der Frau aus § 1353 Abs. 2 Satz 1 nicht berührt [4]). Dabei muß unter den Eheleuten nicht ein Streit über die Befugnis zur Gemeinschaftsverweigerung bestehen [5]), vielmehr genügt es, daß ein Rechtsmißbrauch oder Scheidungsgrund vorhanden ist, um der Frau ein Recht zu verleihen, vom Manne getrennt zu leben. Ebensowenig muß erst auf Duldung der Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft geklagt werden [6]). Der Frau allein ist es in die Hand gegeben, darüber zu entscheiden, ob sie einen im Sinne des § 1361 berechtigenden Grund zur Trennung hat [7]). Doch schafft die einmal vorliegende Weigerungsbefugnis nicht für dauernd ein Anrecht auf den Geldbetrag. Mit ihr entfällt auch gleichzeitig die Verpflichtung des Mannes, die Frau nach § 1361 zu alimentieren.

Im einzelnen gilt folgendes: a) Wenn sich das Herstellungsverlangen des Mannes als Mißbrauch darstellt (§ 1353 Abs. 2 Satz 1), ist die Frau nicht gehalten, ihm Folge zu leisten. Die Eheleute sind nur zu einer solchen Gemeinschaft verpflichtet, die dem sittlichen Wesen der Ehe entspricht [8]). Allgemein umschreibend kann von einem Mißbrauch immer dann gesprochen werden, wenn das Verlangen mit den sittlichen Momenten der Ehe nicht in Einklang steht, also eine mit der rechten ehelichen Gesinnung unverträgliche Zumutung enthält [9]). Ob und inwieweit dies der Fall ist, wird dem freien richterlichen Ermessen anheim gestellt werden müssen [10]), da eine erschöpfende Aufzählung aller Fälle von Rechtsmißbrauch ausgeschlossen ist. Dabei ist ein doppelter Maßstab anzulegen: ein objektiver, der das Wesen der Ehe schlechthin berücksichtigt, und ein subjektiver, der der kon-

---

[3]) Lotz S. 42; Sönning S. 36; Simeon Bd. 1, 2 S. 314 N. 3; RG. in JW. 1911 S. 98, 1904 S. 409; and. A. Eichhorn im Recht 1905 S. 334; OLGE. Bd. 6 S. 277.

[4]) Planck § 1353 N. 13; Staud. N. 2c; WarnRspr. 1917 Nr. 274; OLGE. Bd. 15 S. 397.

[5]) Schmidt § 1361 N. 2; OLG. im Recht 1902 S. 373.

[6]) Crome S. 232; Wetzel S. 135; RGE. Bd. 17 S. 213, vgl. auch Bd. 30 S. 315, Bd. 25 S. 149; and. A. Rocholl S. 99 ff.

[7]) Mot. Bd. 4 S. 637, 639; Hoch S. 34 N. 2; Schmidt S. 58.

[8]) Mot. Bd. 4 S. 105; Meißner § 1353 N. 1; RGKo. N. 1; Planck N. 4.

[9]) RGKo. § 1353 N. 3; Staud. N. 2a; Schmidt N. 4a; Opet N. 4a; Planck N. 5.

[10]) Staud. § 1353 N. 2a; Schmidt N. 4a; Wetzel S. 108.

kreten Lebensauffassung der Eheleute, sowie ihren gesellschaftlichen und wirtschaftlichen Verhältnissen Rechnung trägt[11]).

b) Wenn die Frau berechtigt ist, die Scheidungsklage zu erheben, ist sie von der Verpflichtung zur ehelichen Gemeinschaft frei (§§ 1565 bis 1569). Man streitet in der Literatur darüber, ob auch der Scheidungsgrund der Geisteskrankheit (§ 1569) ein Recht zur Weigerung der Gemeinschaft nach § 1353 Abs. 2 Satz 2 gewährt. Dernburg[12]) erklärt das eigenmächtige Verlassen eines Geisteskranken für eine Ruchlosigkeit. Planck[13]) hält es für ein Redaktionsversehen der Reichstagskommission, daß dieser Fall nicht ausgeschlossen wurde. Opet[14]) gelangt in Verfolg seiner Auffassung, daß eine Weigerung begrifflich eine Aufforderung voraussetze, zu dem Schluß, daß dem Geisteskranken gegenüber eine entsprechende Verweigerung der Gemeinschaft nicht stattfinden könne, da er, ein Verlangen nach Herstellung geltend zu machen, rechtlich nicht imstande ist. Diesen Ansichten kann nicht zugestimmt werden. Es läßt sich aus dem Gesetz nicht entnehmen, daß der Scheidungsgrund der Geisteskrankheit nur versehentlich als Berechtigung zur Weigerung der ehelichen Gemeinschaft anerkannt wurde. Auch ergibt sich vom ethischen Standpunkt aus nichts Ruchloses: weder im Interesse eines ausgeglichenen Entwicklungsganges der Kinder, noch in dem sittlichen Wesen der Ehe überhaupt kann es begründet sein, daß der Gesunde mit dem Geisteskranken unter Gefährdung von Leben und Gesundheit Gemeinschaft pflegen soll[15]). Zudem hat die Frage nach der Berechtigung zum Getrenntleben mit jener anderen, wer für den geisteskranken Mann zu sorgen hat, nichts zu tun.

Das Recht der Frau zur Gemeinschaftsverweigerung ist jedoch zeitlichen Schranken unterworfen. Es geht verloren, wenn die im § 1571 vorgesehene Frist zur Erhebung der Scheidungsklage unbenutzt verstrichen ist. Mit ihrem Ablauf stellt sich das Herstellungsverlangen des Mannes nicht mehr als Mißbrauch dar, vorausgesetzt, daß er in Zukunft seinen Pflichten in einer der Ehe und den Verhältnissen der

---

[11]) Becker S. 32; Schöppke S. 39; Görke S. 12; Bock S. 56.
[12]) Dernburg S. 105; ähnlich Crome § 560 N. 14.
[13]) Planck § 1353 N. 11; Schmidt N. 4b; RGKo. N. 4; Warneyer N. IV; Becker S. 33.
[14]) Opet § 1353 N. 4b.
[15]) Staud. § 1353 N. 2b; Endemann § 169a N. 8; Jörges S. 107 ff.; Wetzel S. 98; Görke S. 13; Schmidt S. 55; Schöppke S. 41; Sönning S. 36; Erler S. 104; Simeon Bd. 1, 2 S. 314 N. 3.

Eheleute entsprechenden Weise nachzukommen willens und auch imstande ist[16]).

c) Wenn während eines Prozesses auf Scheidung, Nichtigkeit oder Anfechtung der Ehe das Gericht durch einstweilige Verfügung für die Dauer des Rechtsstreites das Getrenntleben gestattet[17]) (§ 627 ZPO.), ist eine im § 1361 verlangte Weigerungsbefugnis gegeben. Maßgebend für die Anordnung sind dabei die Voraussetzungen des § 940 ZPO.[18]). Die Berechtigung zur Trennung leitet sich hier aus der prozessualen Anordnung des Gerichtes her, die aber nur auf Antrag eines Ehegatten erfolgen darf.

d) Es bleibt noch zu erörtern, ob auch eine vertragliche Vereinbarung eine Berechtigung zum Getrenntleben verleiht. Es wird die Ansicht vertreten, daß für die Frau aus einem solchen Übereinkommen ein Recht zur Gemeinschaftsverweigerung nicht hergeleitet werden könne, weil jene Vereinbarung als gegen die guten Sitten verstoßend nichtig sei[19]). Auch ließe es sich mit dem Geiste und dem Zusammenhang des BGB. nicht vereinbaren, daß man die wesentlichste Voraussetzung und Existenzbedingung der Ehe der Parteiwillkür unterstelle[20]). Dieser Auffassung[21]) kann in ihrer Begründung nicht beigetreten werden[22]). Der Zustand einer vereinbarten Trennung ist zwar nicht das Idealbild einer Ehe; doch kann er auf durchaus sittlichen Motiven beruhen. Es darf Eheleuten, die wegen ihrer Natur niemals harmonieren können und das Eheleben als eine Qual empfinden, die aber religiöse Bedenken und die Rücksicht auf die Kinder von der Auflösung der Ehe zurückhalten, nicht verwehrt werden, in der gütlichen Vereinbarung, getrennt voneinander zu leben, einen gangbaren Ausweg zu suchen[23]). Gesetzwidrig wird dieser Zustand erst in dem Augenblick, wo sich einer der Ehegatten nicht mehr an den Vertrag gebunden fühlt und das Herstellungsverlangen geltend macht. Jetzt ist das Getrenntleben unberechtigt; denn einmal kann der Mann dieses Recht, weil für die Zukunft unverzichtbar, jederzeit für sich in An-

---

[16]) Westenberger S. 26.
[17]) Prot. Bd. 4 S. 451; OLG. im Recht 1900 S. 515.
[18]) RGE. Bd. 46 S. 382; RG. in JW. 1906 S. 601.
[19]) Liebe S. 235.
[20]) Rocholl S. 103/04.
[21]) Ludewig S. 51; Burmeister S. 48.
[22]) Für Gültigkeit d. Vertrages Warneyer § 1361 N. I; Planck N. 23; Endemann § 169a, 2b; Becker S. 35; Schöppke S. 43; Hoch S. 35; Hörle S. 164; Meißner N. 1a; Westenberg S. 37; Sönning S. 41; OLGE. Bd. 7 S. 459; Seuffert Bd. 38 S. 409.
[23]) Beispiel bei Becker S. 35; Schöppke S. 43.

spruch nehmen[24]); anderseits aber ist der Vertrag, da er nunmehr das Herstellungsverlangen des Mannes ausschließt, nichtig[25]). Dieses auf zwingender Vorschrift des Gesetzes beruhende Recht, das daher vertraglich nicht wegbedungen werden kann, ist stärker als jene auf Vereinbarung gegründete Befugnis[26]). Es besteht also für jeden die Möglichkeit, den Vertrag durch einseitige Erklärung jeden Augenblick unwirksam zu machen[27]).

3. Das Gesetz verlangt ferner für eine Alimentierung nach § 1361, daß die Herstellung der Gemeinschaft auch in der Tat verweigert wird. Man hat die Auffassung[28]) vertreten, daß die Weigerung begrifflich eine vorherige Aufforderung des anderen Ehegatten, die Gemeinschaft wiederherzustellen, voraussetze. Diese Ansicht ist dem ganz richtigen Sprachempfinden entsprungen, daß die Weigerung eine Reaktion im negativen Sinne auf etwas zeitlich früherliegend Positives ist. Es ist auch logische Voraussetzung für eine Weigerung das Vorhandensein eines Verlangens; es ist aber nicht richtig[29]), daß dieses Verlangen in Form einer Aufforderung von dem anderen Ehegatten ausgehen muß. Wollte man sich diese Auffassung zu eigen machen, so käme man zu dem eigenartigen Ergebnis, daß die wegen eines Ehebruchs des Mannes getrennt lebende Frau keinen Anspruch nach § 1361 geltend machen kann, wenn der Mann sie zuvor nicht zur Rückkehr aufgefordert hat[30]). Es trifft auch nicht zu, daß die Gemeinschaftsverweigerung begriffsmäßig, wenn auch nicht ein Verhalten entgegen einer Aufforderung, so doch mindestens ein solches wider den Willen des anderen Teiles voraussetze[31]). Ein Ehegatte verweigert vielmehr die eheliche Gemeinschaft in dem Augenblick, wo er einseitig erklärt, ohne Rücksicht auf den Willen des anderen getrennt leben zu wollen, selbst wenn der andere nichts dagegen einwendet oder sogar zustimmt[32]). Die Weigerung des Ehegatten braucht also weder mit dem Willen noch einer Aufforderung zu kontrastieren. Subjekt des Verlangens

---

[24]) OLG. in Seuffert Bd. 38 S. 409.

[25]) RGE. Bd. 61 S. 50; RG. in JW. 1905 S. 637, 1914 S. 355, 1920 S. 640, in L. Z. 1918 S. 626, im Recht 1917 Nr. 1564; Wolff S. 101, 3; Erler S. 103 N. 9; Endemann § 169a, 2b.

[26]) Meißner § 1361 N. 1a; Becker S. 36; Schöppke S. 44.

[27]) Wolff S. 101, 3.

[28]) Staud. § 1361 N. 2b; Opet N. 1c.

[29]) Planck § 1361 N. 23; Warneyer N. 1; Wetzel S. 85; Schmidt S. 45; Wolff S. 106 N. 11; OLG. im Recht 1907 S. 254; OLGE. Bd. 7 S. 101; RG. in WarnRspr. 1923 Nr. 14; Goldmann-Li. S. 75 N. 15.

[30]) Wetzel S. 86.

[31]) So Scheppler S. 17; Schmidt S. 45.

[32]) Wetzel S. 85.

ist vielmehr das Gesetz, das den Eheleuten die Lebensgemeinschaft in § 1353 zur Pflicht macht[33]). Die Weigerung kann in der verschiedensten Weise erfolgen, ausdrücklich oder stillschweigend, durch Worte oder Handlungen[34]); meist ist sie schon mit der einseitigen Trennung durch einen Ehegatten verknüpft. Entscheidend ist, daß unzweideutig zum Ausdruck gebracht wird, das vom Gesetz gestellte Verlangen nicht erfüllen zu wollen.

Sind die Voraussetzungen des § 1361 erfüllt, so treten sowohl in der Art wie auch u. U. im Umfang der Unterstützungspflicht des Mannes einige Änderungen ein, die durch die getrennte Lebensführung der Ehegatten gefordert werden. Soweit jedoch nichts Näheres bestimmt ist, bewendet es bei den allgemeinen Vorschriften (§ 1360); denn der § 1361 soll keinen neuen Unterhaltsanspruch begründen, sondern nur die Form der grundsätzlichen Alimentierung für den Fall der Trennung regeln[35]). Sein Zweck besteht insbesondere darin, der Zeit des Getrenntlebens alles zu nehmen, was zu einer weiteren gegenseitigen Verbitterung führen könnte, da der Staat ein Interesse daran hat, den Zustand der Trennung in den der ehelichen Gemeinschaft durch eine Zeit ruhiger Überlegung hinüberzuleiten (vgl. § 1571 Abs. 2 Satz 1). In Anbetracht dieses Zweckes war daher eine Alimentierung in Geld das Gegebene, und zwar in Form einer Rente, da es der Frau bei dem gestörten ehelichen Frieden nicht zugemutet werden kann, sich für jeden Bedürfnisfall an den Mann zu wenden. In dieser Rente erschöpft sich aber auch seine Unterhaltspflicht[36]). Die Frau kann nicht verlangen fortdauernde Benutzung der ehelichen Wohnung[37]), Ersatz der durch die Verpflegung im Gasthaus erwachsenen Auslagen[38]) oder in Krankheitsfällen Tragung der dadurch entstandenen Kosten. Die Rente soll vielmehr eine Ablösung aller die Bedürfnisse der Frau befriedigenden Einzelleistungen darstellen, und Ansprüche solcher Art können daher mit ihrem Wesen nicht vereinbart werden. Erforderlichenfalls muß ihre Höhe im ganzen neu festgesetzt werden[39]).

Diese richtet sich nach den allgemeinen im § 1360 Abs. 1 aufgestellten Momenten. Grundsatz ist, daß durch die Trennung der

---

[33]) Jörges S. 125 ff., 130; Goldmann-Li. S. 75 N. 15; Arnold S. 30.

[34]) RGKo. § 1361 N. 4; Staud. N. 2b; Ludewig S. 32; Arnold S. 31.

[35]) RGKo. § 1361 N. 1; Staud. N. 5; Warneyer N. II; Goldmann-Li. S. 75; Scheppler S. 18; Lotz S. 45; Ludewig S. 33.

[36]) And. A. OLGE. Bd. 40 S. 66, Bd. 41 S. 73.

[37]) JW. 1910 S. 707.

[38]) DJZ. 1906 S. 212.

[39]) Staud. § 1361 N. 3a; Planck N. 2; Warneyer N. II; Dernburg S. 126 N. 4; Becker S. 38; Görke S. 16; RG. in Seuffert Bd. 76 N. 23.

Lebensunterhalt der Frau weder dem Umfang noch dem Inhalt nach beschränkt wird; die Renten müssen also so bemessen sein, daß die Frau damit den ihr nach den maßgebenden Gesichtspunkten zukommenden Unterhalt in gleicher Weise bestreiten kann, als ob sie mit ihrem Manne in ehelicher Gemeinschaft lebte. Dabei spielt nicht nur sein Vermögen und sein Einkommen eine Rolle, sondern auch der Aufwand, auf den die Lebensweise der Ehegatten bis zur Trennung zugeschnitten war[40]). Das bedeutet aber nicht etwa, daß maßgebend für die Bemessung die Verhältnisse der Eheleute zur Zeit der Trennung sind. Diese erfolgt vielmehr nach den jeweiligen gegenwärtigen Umständen.

Die Rente ist vom Manne für drei Monate im voraus zu zahlen (§ 762 Abs. 2). Der erste Fälligkeitstag ist jener, an dem die Voraussetzungen des § 1361 erstmalig verwirklicht sind. Erfolgt die Zahlung an diesem Tage, so ist seine Wiederkehr jeweils der Fälligkeitstermin der weiteren Rentenbezüge. Leistet jedoch der Mann nicht, so ist gemäß § 1613 für den Beginn der Rentenleistungspflicht der Tag der Mahnung entscheidend, soweit diese den Verpflichteten in Verzug setzt[41]). Sonst bestimmt den ersten Termin der Tag der Klagezustellung. Weiterhin besteht auch die Möglichkeit, den Fälligkeitstermin im Wege einer Vereinbarung festzulegen. Ein Vertrag, durch den der Zeitpunkt der Zahlung hinter den eigentlichen Fälligkeitstag geschoben wird, ist jedoch nur so weit gültig, als die Frau vorher weder gemahnt noch Klage erhoben hat, da für die Zukunft auf den Unterhalt nicht verzichtet werden kann (§ 1614).

Die Frau kann die Rente so lange verlangen, als die Voraussetzungen des Unterhaltsanspruchs und seiner Erfüllungsart gegeben sind[42]). Das versteht sich von selbst und braucht daher im Urteil nicht besonders ausgesprochen zu werden[43]). Gleichwohl unterliegt es rechtlich keinem Bedenken, daß der Richter, falls er die Erfordernisse des § 1361 nur für bestimmte Zeit als gegeben erachtet, diese voraussichtliche Entwicklung der Dinge durch Begrenzung der Rente berücksichtigt[44]). Fehlt eine solche im Urteil, so erlischt seine Wirksamkeit mit Rechtskraft des Scheidungsurteils oder Aufhören des Getrenntlebens[45]). Werden gleichwohl Ansprüche seitens der Frau daraus

---

[40]) RG. in L. Z. 1920 S. 826.

[41]) Wzki. S. 80; Sönning S. 48; Westenberger S. 31; Schmidt S. 61.

[42]) RG. in WarnRspr. 1914 Nr. 192.

[43]) WarnRspr. 1923 Nr. 14.

[44]) Planck § 1361 N. 9.

[45]) RGKo. § 1361 N. 5; Planck N. 9; RG. in WarnRspr. 1914 Nr. 293; JW. 1919 S. 502.

geltend gemacht, so wehrt sich der Mann dagegen je nach dem Stadium des Prozesses mit der Vollstreckungsgegenklage (§ 767 ZPO.) oder der Feststellungsklage. Dagegen bleibt für die Umwandlungsklage aus § 323 ZPO. kein Raum[46]).

Nach § 760 Abs. 3 gebührt der Frau die volle, auf den jeweiligen Zeitabschnitt entfallende Rente, sofern sie nur seinen Beginn erlebt hat. Der Betrag geht unter Ausschluß jeder güterrechtlichen Befugnis des Mannes in ihr Eigentum über. Die Rente ist zwar nicht ausdrücklich zum Vorbehaltsgut erklärt worden. Ihr Zweck bringt jedoch diese Eigenschaft von selbst mit sich[47]).

Eine Beeinträchtigung im Umfang erfährt die Unterstützungspflicht des Mannes in Abs. 2 des § 1361. Man ging von der Erwägung aus, daß durch die Alimentation der Frau außerhalb der ehelichen Gemeinschaft ein größerer Kostenaufwand hervorgerufen wird und der Mann dazu ihre Hilfe in Haushalt und Erwerbsgeschäft entbehren muß[48]). Wenn man schließlich noch die Möglichkeit berücksichtigt, daß alles der Verwaltung und Nutznießung unterliegende oder im Gesamtgut enthaltene Vermögen nur unbedeutend ist, das Vorbehaltsgut der Frau aber (insbesondere ihr Erwerb aus Arbeit) erheblich sein kann, muß die dem Manne in § 1360 Abs. 1 auferlegte unbedingte Unterhaltspflicht zu Härten führen. Ihre Beschränkung erscheint daher geboten. So hat das Gesetz dem Richter die Befugnis erteilt, den Mann von seiner Unterhaltspflicht zu befreien oder sie auf Zahlung eines Beitrages zu beschränken, wenn dies mit Rücksicht auf die Bedürfnisse sowie die Vermögens- und Erwerbsverhältnisse der Eheleute der Billigkeit entspricht[49]). Für die Zwangsvollstreckung liefert jedoch § 1361 Abs. 2 keinen Einwand, vielmehr ist auf § 323 ZPO. zu verweisen[50]).

Diese Modifizierung kann nur in Frage kommen, wenn die Vermögenslage der Frau im Vergleich zu der des Mannes überwiegend günstiger ist[51]). Sie entfällt daher, wenn die Frau nicht fähig ist, sich selbst zu ernähren. Solchenfalls hat der Mann nach Maßgabe seiner Lebensstellung und seiner Leistungsfähigkeit in gleicher Weise Unterhalt zu gewähren, wie die Frau dem Manne, der außerstande ist, sich selbst zu unterhalten, den seiner Lebensstellung entsprechenden Unter-

---

[46]) RGKo. § 1361 N. 5; RG. in WarnRspr. 1914 Nr. 293, in JW. 1919 S. 502; and. A. Planck N. 9.

[47]) Planck § 1365 N. 2; RGKo. § 1361 N. 5; Wzki. S. 81 N. 38; Sönning S. 53 N. 113; Simeon Bd. I, 2 S. 317 N. 4b.

[48]) Mot. Bd. 4 S. 634.

[49]) RG. in JW. 1903 Beil. 87.

[50]) Planck § 1361 N. 17; RGKo. N. 7; RG. in Seuffert Bd. 70 Nr. 126.

[51]) Wzki. S. 72; Meusezahl S. 56.

halt nach Maßgabe ihres Vermögens und ihrer Erwerbsfähigkeit zu gewähren hat. Beide Ehegatten sind in dieser Hinsicht einander gleichgestellt[52]).

§ 9.

Geldansprüche bei unberechtigtem Getrenntleben.

Die Unterhaltspflicht getrennt lebender Ehegatten ist im Gesetz nicht erschöpfend geregelt. Nach der Fassung des § 1361 ist es gleichgültig, wer von den Ehegatten (der Unterhaltspflichtige oder -berechtigte) die Herstellung des ehelichen Lebens verweigern darf. Die Schuldfrage spielt im Rahmen der Vorschrift keine Rolle[1]). Auch läßt eine grammatikalische Interpretation der gewählten Formulierung keinen Zweifel daran aufkommen, daß der Tatbestand des § 1361 nur erfüllt ist, wenn der Berechtigte von seiner Befugnis Gebrauch macht. Nicht erörtert sind also alle die Fälle, wo die tatsächliche Weigerung und das Recht dazu auf verschiedenen Seiten liegen. Hier ergeben sich zwei Möglichkeiten:

Verweigert der alimentationsberechtigte Ehegatte, z. B. die Frau die Herstellung der Gemeinschaft, während der andere dazu befugt ist, so liegen die Voraussetzungen des § 1361 nicht vor. Es bleibt daher bei der allgemeinen Vorschrift des § 1360 Abs. 3, wonach der Mann nur gehalten ist, den Unterhalt in der durch die eheliche Lebensgemeinschaft gebotenen Weise zu gewähren und die Frau ihn nur in der Form beanspruchen kann. Da diese Art der Alimentierung aber durch ihr Verhalten unmöglich ist, wird der Mann gemäß § 275 von seiner Verpflichtung zur Leistung frei und darf für diese Zeit auch später nicht in Anspruch genommen werden (§ 285). Es ist zum mindesten ungenau zu behaupten, seine Verpflichtung entfalle für die Dauer der Weigerung überhaupt[2]) und die Frau könne daher Unterhalt überhaupt nicht verlangen[3]). Wenn auch der grundlos separierende Ehegatte keine Alimentierung außerhalb der ehelichen Gemeinschaft beanspruchen kann, so wird die Unterstützungspflicht an sich in ihrem Bestande durch den Zustand der Trennung nicht im mindesten berührt[4]).

---

[52]) Planck § 1361 N. 17; RGKo. N. 7; RG. in WarnRspr. 1914 Nr. 192, 1921 Nr. 74.

[1]) Wzki. S. 74.

[2]) Planck § 1361 N. 18; Scheppler S. 20.

[3]) Staud. § 1361 N. 4.

[4]) Wetzel S. 142; Schmidt S. 79.

Während dieser Fall aus den Bestimmungen des geltenden Rechtes zweifelsfrei gelöst werden kann, hat die andere Möglichkeit, daß der unterhaltspflichtige Mann die Gemeinschaft aufhebt, ohne dazu berechtigt zu sein, indem er die Frau verläßt oder von sich stößt, trotz ihrer hervorragenden praktischen Bedeutung im Gesetz keine Erörterung gefunden. Ihre rechtliche Würdigung hat erhebliche Schwierigkeit bereitet. Man ist sich darin einig, daß es nicht der Wille des Gesetzes sein kann, die Frau der Willkür des Mannes schutzlos preiszugeben. Auch ist es nicht zu billigen, daß sich der Mann seiner vornehmsten Pflicht, für den Unterhalt der Frau zu sorgen, solange er durch das Band der Ehe rechtlich mit ihr verbunden ist, dadurch entzieht, daß er sich weigert, die Frau bei sich aufzunehmen, und so einen Zustand schafft, der der Herrschaft des Gesetzes entzogen ist. Der Schutz der Frau wird daher zu einer rechtlichen und sittlichen Notwendigkeit[5]).

I. Die eine Ansicht nimmt ihren Ausgang von der Erkenntnis, daß die Voraussetzungen des § 1361 nicht erfüllt sind, da der Mann, der die Gemeinschaft verweigert, kein Recht dazu hat und die Frau, die sie verweigern könnte, dies nicht tut. Da nun der verlassenen Ehefrau die Sondervorschrift des § 1361 nicht zustatten kommen kann, ist auf die Regelbestimmung des § 1360 Abs. 3 zurückzugreifen und aus ihr der Anspruch herzuleiten. Das geschieht in der verschiedensten Weise:

Einerseits[6]) geht man davon aus, daß die im § 1360 Abs. 3 bestimmte Art der Unterhaltsgewährung nicht bloß zu einer Alimentierung durch Teilnahme am ehelichen Haushalte verpflichte, sondern je nach Lage des Falles darunter auch die Gewährung einer Geldrente zu verstehen sei. Die Gestaltung, die das eheliche Leben unter den vorausgesetzten Umständen angenommen habe, gebiete aber eine Alimentierung in der letztgenannten Weise. Richtig an diesem Gedankengang ist nur, daß ein Geldanspruch aus § 1360 Abs. 3 sehr wohl abgeleitet werden kann. Im übrigen muß darauf hingewiesen werden, daß ein Anspruch auf Unterhaltsgewährung in der durch die eheliche Gemeinschaft gebotenen Weise nur im Rahmen einer nur irgendwie bestehenden Lebensgemeinschaft möglich ist[7]). Es wurde aber dargetan, daß die Begriffe „Getrenntleben" und „eheliche Gemein-

---

[5]) Becker S. 43; Ludewig S. 46; Schöppke S. 54.

[6]) Scheppler S. 20; Pfennig im Recht 1904 S. 13; Neumann § 1361 N. I, 2b; Kunze S. 7ff.; OLGE. Bd. 2 S. 75, 331, Bd. 4 S. 84, Bd. 7 S. 45, Bd. 26 S. 217, im Recht 1905 S. 473 u. 501; Seuffert Bd. 61 S. 322.

[7]) Staud. § 1360 N. 4b; Goldmann-Li. Bd. 75 N. 16; Wetzel S. 145; Jörges S. 141; Arnold S. 25; Becker S. 48; Westenberger S. 40; Görke S. 19.

schaft" in kontradiktorischem Gegensatz zueinander stehen und letztere bei den Eheleuten nur so lange vorhanden ist, als sie sich zusammengehörend fühlen. Durch einseitige Erklärung auch nur eines Gatten kann sie daher aufgehoben werden. Das ist aber eindeutig durch die Weigerung des Mannes, die Frau bei sich aufzunehmen, erfolgt.

Von anderer Seite ist versucht worden, der Frau einen Rentenanspruch aus dem Gesichtspunkte des Schadensersatzes zuzubilligen mit der Begründung, daß der ohne Grund verlassenen Ehefrau in Anbetracht der mit Absicht eng gesteckten Grenzen des § 1361 nur ein Anspruch auf Naturalleistung aus § 1360 zustehe, der aber schuldhaft vom Manne nicht erfüllt worden sei. Während die einen[8]) den Fall des Verzuges als vorliegend erachten und deshalb die §§ 286, 251 anwenden, sehen andere[9]) die Verletzung der Alimentationspflicht in der Unmöglichkeit der Erfüllung und gewähren der Frau einen Anspruch aus den §§ 280, 251. Einig sind sie sich alle darin, daß der Geldanspruch so lange eingeklagt werden kann, als das unberechtigte Getrenntleben dauert. Die Art der Schadensersatzleistung, ob Kapital- oder Rentenzahlung, wird dabei in das Ermessen des Richters gestellt[10]). Mit diesem Ausweg ist jedoch der Frau nicht gedient, da der Schadensersatzanspruch in keiner Weise geeignet ist, einen brauchbaren Ersatz für den im § 1361 festgesetzten Rentenanspruch zu bieten. Haltbar ist die Konstruktion nur, soweit sich der Anspruch auf die Vergangenheit bezieht. Eine Verpflichtung zur Unterhaltsleistung für die Zukunft aus dem Gesichtspunkte des Schadensersatzes herzuleiten, ist nach den Bestimmungen des geltenden Rechtes nicht zulässig. Danach kann Ersatz eines Schadens nur gefordert werden, soweit er bereits eingetreten ist, also für die Vergangenheit. Zwar bietet § 258 ZPO.[11]) die Möglichkeit, bei wiederkehrenden Leistungen auch wegen der erst nach Erlaß des Urteils fällig werdenden Ansprüche Klage auf künftige Entrichtung zu erheben. Allein die Klage würde an einem wesentlichen Klagerfordernis, dem genauen Sachantrage, Mangel leiden, da die Höhe des zukünftigen Schadens wegen der Unmöglichkeit, auch nur annähernd den Zeitpunkt der Wiederaufnahme der Frau zu bestimmen, nicht beziffert werden kann[12]). Dem erstrebten Ziel, der

---

[8]) Eccius in DJZ. 1901 S. 110; David im Recht 1900 S. 187; Cosack Bd. 2 § 279 X; Burmeister S. 52.

[9]) Ludewig S. 46 ff.; OLGE. Bd. 15 S. 399; Endemann § 169 a, 3 b.

[10]) Eccius a. a. O.; Opet § 1360 N. 6; Burmeister S. 52.

[11]) Auf ihn verweist offenbar Ludewig S. 47.

[12]) Staud. § 1360 N. 4 d; Wetzel S. 143; Goldmann-Li. S. 75 N. 16; Jörges S. 142 ff.; Becker S. 50; Görke S. 19; Schmidt S. 83; Arnold S. 25.

mittellosen und über ihre Zukunft ungewissen Frau eine sichere Existenzgrundlage zu schaffen, sind wir um keinen Schritt näher gekommen.

II. In Erkenntnis der Schwächen dieser Auffassungen kommen einige Schriftsteller[13]) zu der Ansicht, dem grundlos verlassenen Ehegatten könne bei der nach ihrer Meinung vorhandenen Unmöglichkeit der Anwendung des § 1361 ein Unterhalt überhaupt nicht zugesprochen werden. Es bleibe der Frau nichts anderes übrig, als Klage auf Herstellung des ehelichen Lebens zu erheben und während des Rechtsstreites den Erlaß einer einstweiligen Verfügung nach § 940 ZPO. zu erwirken, in der ihr die Gewährung einer Rente für die Dauer des Prozesses zugesprochen wird.

Dieser Weg ist ein Umweg[14]); da die Art der Alimentierung nur für die Dauer des Prozesses geregelt wird und dieser eines Tages beendet ist, erhebt sich die Frage von neuem; denn einerseits kann das Urteil nach § 888 Abs. 2 ZPO. nicht vollstreckt werden, anderseits ist die Scheidung der Ehe nach § 1567 Abs. 2 Nr. 1 und damit eine endgültige Regelung der Unterstützungspflicht erst nach Jahresfrist möglich. Dem Bedürfnis des praktischen Lebens ist durch den unsicheren und stets provisorischen Weg der einstweiligen Verfügung nicht Rechnung getragen[15]).

III. Es bleibt also nichts anderes übrig, als den § 1361 zur Begründung des Anspruches heranzuziehen. Dabei wird irrtümlich die Ansicht vertreten[16]), daß in dem zur Erörterung stehenden Fall die Voraussetzungen des § 1361 sehr wohl vorhanden sind: Durch das willkürliche Verhalten des Mannes habe die Frau auch ihrerseits ein Recht erlangt, die Gemeinschaft nach § 1353 Abs. 2 so lange zu verweigern, als der Mann nicht seine Sinnesänderung durch ein ernstlich gemeintes Herstellungsverlangen dokumentiert habe. Von dieser Befugnis mache die Frau Gebrauch und gäbe somit ihren Willen, nunmehr auch ihrerseits die Gemeinschaft aufzuheben, dadurch zu erkennen, daß sie den Anspruch auf Zahlung einer Geldrente nach § 1361 erhebt. Selbst eine nebenher angestrengte Herstellungsklage gefährde den Anspruch auf die Rente nicht, da dieses Begehren nichts anderes als die Vorbereitung der Scheidungsklage aus § 1567 bezwecke. Dieser Auf-

---

[13]) Staud. § 1360 N. 4d; Westenberger S. 41ff.; Becker S. 52ff.; auch Sönning S. 46.

[14]) So Jörges S. 141.

[15]) So selbst Staud. § 1360 N. 4d; Meißner § 1361 N. 4; Wetzel S. 143; Jörges S. 141; Schmidt S. 84; Dernburg S. 128 N. 11.

[16]) Davidsohn in DJZ. 1901 S. 91; Arnold S. 28ff.

fassung muß der Vorwurf gemacht werden, daß es durchaus willkürlich ist, der Geltendmachung des Anspruches aus § 1361 den Trennungswillen entnehmen zu wollen. Der Frau ist vielmehr die Trennung durch den Mann aufgezwungen worden, und zu einem solchen Begehren entschließt sie sich nur, weil sie in irgendeiner Weise für die Sicherung ihrer Existenz sorgen muß und ihr bei der evtl. Unmöglichkeit, sich selbst zu unterhalten, ein anderer Weg nicht offen steht[17]). Des weiteren hat Eccius[18]) mit Recht darauf hingewiesen, daß in der Klage der Frau auf Herstellung keineswegs eine Weigerung der ehelichen Gemeinschaft enthalten ist, selbst dann nicht, wenn die Frau an künftige Scheidung denkt.

Das Reichsgericht hat die Frage wiederholt eingehend erörtert und ist in seinen Entscheidungen auf Grund allgemeiner Erwägungen über den Sinn der Vorschrift und durch Heranziehung der Kommissionsprotokolle zu dem Schluß gekommen, daß für die Begründung des Anspruchs der § 1361 entsprechend heranzuziehen sei. In den ersten Erkenntnissen[19]) deduzierten der höchste Gerichtshof und einige Oberlandesgerichte: Da die Verpflichtung zur Geldalimentation besteht, wenn der unterhaltspflichtige Ehegatte die Gemeinschaft mit Recht verweigert, so muß sie sicher dann gegeben sein, wenn er den anderen grundlos verläßt; sonst besteht ja die Möglichkeit, daß der pflichtige Teil sich seiner Verbindlichkeit dadurch entzieht, daß er sich ohne jeden Grund von dem anderen trennt. Da aber die Unterstützungspflicht nach § 1361 Abs. 1 fortbesteht und § 1360 Abs. 3 wegen der Gemeinschaftsverweigerung nicht in Betracht kommt, muß § 1361 auf diesen Fall analog angewandt werden.

In dem Urteil vom 8. April 1914[20]) ist diese Auffassung vom Reichsgericht erneut betont und ergänzend auf umfassender Grundlage aufgebaut worden, um damit jenen Bedenken zu begegnen, welche die dem Gerechtigkeitssinn zwar entsprechende Schlußfolgerung mit dem Wortlaut des Gesetzes für unvereinbarlich halten[21]). Die Entscheidung weist überzeugend nach, daß § 1361 ein Redaktionsversehen enthält, welches auf die Vereinigung zweier verschiedener Bestimmungen im § 1361 zurückzuführen ist. Die Kommission für die 2. Lesung[22])

---

[17]) Jörges S. 137; Schmidt S. 80; Ludewig S. 44; Schöppke S. 53; Lotz S. 36; Becker S. 44.

[18]) a. a. O. S. 110.

[19]) RG. in JW. 1902 Beil. S. 215, 1905 S. 203; Recht 1910 Nr. 1264; OLGE. Bd. 12 S. 300, 301, Bd. 18 S. 255, Bd. 30 S. 58; Seufferts Archiv Bd. 70 S. 28.

[20]) WarnRspr. 1914 Nr. 192.

[21]) Arnold S. 28; Westenberger S. 41; Staud. § 1360 N. 4d.

[22]) Prot. Bd. 4 S. 110, 451 Anm. 1.

wollte die Vorschrift des § 1361 für den Fall treffen, daß keine häusliche Gemeinschaft unter den Eheleuten besteht und der unterhaltsberechtigte Ehegatte die Herstellung der Gemeinschaft verweigern darf. Die Redaktionskommission[23]) dehnte die Vorschrift dahin aus, daß der unterstützungspflichtige Gatte die Herstellung verweigern darf und verweigert. Beide Fälle sollten in der vorliegenden Fassung des § 1361 ihren Ausdruck finden. Man übersah dabei aber, daß der unterhaltsberechtigte Ehegatte, der zum Getrenntleben befugt ist, unabhängig davon, wer von den Eheleuten das Zusammenleben verweigert, den Anspruch auf die Rente haben sollte, während der Unterhaltspflichtige, berechtigterweise separierende Ehegatte allerdings nur im Falle seiner eigenen Weigerung zur Zahlung einer Geldrente verpflichtet sein sollte. Das Gewollte ist in der Tat nicht zum Ausdruck gekommen und die Fassung des § 1361 daher ungenau.

Aus diesen Erwägungen heraus hat das Reichsgericht den § 1361 in ständiger Rechtsprechung[24]) für entsprechend anwendbar erklärt. Ohne Reibung mit dem Gesetzestext wird bei der verunglückten Formulierung des § 1361 kein Weg zum Ziele führen. Es gilt eben, mit Hilfe der vorhandenen, gesetzlich geregelten Tatbestände eine Lücke im Gesetz auszufüllen; dazu erscheint der Behelf der Analogie, dem diese Aufgabe von jeher obgelegen hat, am berufensten zu sein. Der Weg ergänzender Rechtsfindung ist in den Entscheidungen des Reichsgerichtes mit Recht und in seiner Durchführung überzeugend eingeschlagen worden[25]).

§ 10.

Die prozessuale Geltendmachung des Anspruchs.

Es besteht Streit darüber, ob der Anspruch der Frau aus § 1360 mit der Klage auf Herstellung des ehelichen Lebens in dem für Ehesachen vorgeschriebenen Prozeßverfahren oder mit der Klage im ordentlichen Verfahren geltend zu machen ist[1]). Die Frage hängt zusammen

---

[23]) Prot. Bd. 5 S. 135.

[24]) RGE. Bd. 62 S. 405; WarnRspr. 1910 Nr. 156, 1921 Nr. 74, 1923 Nr. 14; Gruchot Bd. 58 S. 1043.

[25]) So Planck § 1361 N. 18; Warneyer N. I; Crome § 560 N. 37; Wolff S. 106 N. 11; Goldmann-Li. S. 75 N. 16; Jörges S. 145 ff.; Wetzel S. 147; Haidlen S. 51 N. 3; Schöppke S. 53; Görke S. 23; Simeon Bd. 1, 2 S. 317 N. 5; RGKo. § 1361 N. 2.

[1]) Bezüglich § 1361 vgl. Wzki. S. 127/28.

mit jener anderen nach der juristischen Struktur des Unterhaltsanspruches und wird daher auch in verschiedenem Sinne beantwortet: Teilweise wird die Möglichkeit einer Herstellungsklage schlechthin verneint[2]), teilweise als während der Dauer der Ehe einziger Behelf bezeichnet[3]). Andere gewähren daneben der Frau die gewöhnlichen Rechtsbehelfe, je nachdem der Anspruch auf die Gemeinschaftspflichten sich stützt oder nicht[4]). Wieder andere wollen darauf abstellen, ob der Anspruch auf Geld oder Naturalleistungen gerichtet ist[5]).

Die Klage auf Herstellung des ehelichen Lebens ist die Klage auf Erfüllung der sich aus den persönlichen Verhältnissen der Ehegatten ergebenden Pflichten[6]). Betrachten wir unter diesem Gesichtspunkt den Anspruch aus § 1360, so muß zugegeben werden, daß an die Möglichkeit einer Herstellungsklage gedacht werden kann, da die Unterhaltspflicht der Ehegatten ihrem Ursprung nach als Ausfluß persönlicher Rechtsbeziehungen zu werten ist. Es wurde aber bereits erkannt, daß dies nur die eine Seite der Unterhaltspflicht ist, daß die andere, die vermögensrechtliche, in dem Augenblick dominierend in die Erscheinung tritt, wo es sich um die Realisierung der Verbindlichkeit handelt. Diese Erkenntnis verweist auf die gewöhnliche Klage. Sie allein liefert in der Praxis brauchbare Ergebnisse und entspricht dem Gesetze.

Die Herstellungsklage gehört gemäß § 606 Abs. 1 ZPO. zu den Ehesachen und kann daher nicht für vorläufig vollstreckbar erklärt werden (§ 407 Abs. 2 ZPO.). Dies steht aber mit dem Gesetz in Widerspruch; denn nach § 708 Ziff. 6 sind Urteile, die die Verpflichtung zur Entrichtung von Alimenten aussprechen, für vorläufig vollstreckbar zu erklären. Da das geltende Recht zudem im § 888 Abs. 2 ZPO. eine Zwangsvollstreckung für die Herstellungsklage ausgeschlossen hat, wäre die Frau lediglich auf den moralischen Druck des Rechtsbehelfes angewiesen[7]), der aber in Wirklichkeit nur in der Phantasie des Gesetzgebers besteht[8]) und von dem die Frau ihre Existenz nicht fristen

---

[2]) So Planck § 1353 Vorb. 6; Warneyer Vorb. III; Schmidt Vorb. V, 4 zu § 1353; Haidlen S. 43 N. 5; Scheppler S. 40; Mot. Bd. 4 S. 110; RGE. Bd. 47 S. 379; OLGE. Bd. 18 S. 262; Görke S. 29; Arnold S. 36.

[3]) Gauß S. 51.

[4]) Staud. § 1360 N. 8; Opet N. 7; Werner S. 59.

[5]) Wolff S. 106 N. 10; Wzki. S. 127 ff.

[6]) Planck Vorb. 5 zu § 1353; Staud. Vorb. 8; RGKo. N. 1; Crome S. 159 b; Mot. S. 108; Mitteis S. 21 I; Hörle S. 172.

[7]) Jörges S. 52; Mitteis S. 21 I.

[8]) Eichhorn S. 302; Dernburg S. 9.

kann. Auch gäbe es für sie, falls sie geschäftsunfähig ist, keine Möglichkeit, klageweise vorzugehen, da ihr gesetzlicher Vertreter gemäß § 612 Abs. 2 Satz 2 ZPO. zur Erhebung der Herstellungsklage nicht berechtigt ist.

In Übereinstimmung mit der herrschenden Lehre ist daher die Ehefrau bei der Geltendmachung ihrer Ansprüche auf die Leistungsklage im ordentlichen Prozeßverfahren zu verweisen.